

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA

PROCÉDURE PAR RESCRIPT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le 19 Juin 1920, à 2 heures

PAR

Édouard ANDT

Président...	M. COLLINET, professeur.
Suffragants. }	MM. GIRARD, professeur.
	CUQ, professeur.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

AND M^{RS} LAROSE ET FORCEL

LÉON TENIN, Directeur

22, Rue Souffiot, PARIS-5^e

—
1920

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA
PROCÉDURE PAR RESCRIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le 19 Juin 1920, à 2 heures



PAR

Édouard ANDT

Président... M. COLLINET, professeur.
Suffragants. { MM. GIRARD, professeur.
CUQ, professeur.

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU
RECUEIL SIREY

A^{RES} M^{RS} LAROSE ET FORCEL
LÉON TENIN, Directeur
22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

1920

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

AVANT-PROPOS

Au moment où cette étude est achevée, c'est un devoir pour nous d'exprimer notre reconnaissance à notre maître éminent, M. le professeur Collinet, qui a bien voulu nous guider dans l'accomplissement de ce travail et dans les recherches dont il a été l'occasion, et qui a accepté de présider la soutenance de cette thèse. Que M. le professeur Collinet veuille bien trouver dans ces lignes le témoignage de notre respectueuse reconnaissance.

E. A.

LA

PROCÉDURE PAR RESCRIPT

INTRODUCTION

Un rescrit est, comme son nom l'indique, une réponse écrite : elle est faite par l'empereur, soit à un fonctionnaire qui lui pose une question, soit à un particulier qui lui adresse une demande. Le rescrit est revêtu de certaines formes destinées à lui conférer le caractère officiel, car c'est un acte public et qui a pour but de faire connaître la volonté du prince. C'est un instrument de gouvernement dont les empereurs ont fait grand usage, dès l'époque du Principat et, plus encore, mais dans des limites mieux définies, au Bas-Empire.

Pour la première période, nous trouvons mentionnées dans les textes deux sortes de rescrits, les *epistulæ* et les *subscriptiones*. Ces termes expriment la façon différente dont les réponses se présentent : les *epistulæ* sont des lettres, matériellement indépendantes de la demande qui les a provoquées; dans les *subscriptiones*, au contraire, la réponse est écrite sur le libelle même qui a été remis à l'empereur, au-dessous de la requête. Le terme *scriptio*, dans une langue précise, comme le fait observer Mommsen (1), désigne la décision impériale apposée sur une demande par opposition à la demande elle-même; il est couramment employé dans le langage juridique avec le sens de rescrit (2). La qualité des destinataires nous donne le motif de la différence que la Chancellerie observe dans les formes : les *epistulæ* régulièrement sont envoyées à des fonctionnaires impériaux (3) ou à des magistrats municipaux (4). La *scriptio* est réservée aux particuliers; on voulait que dans ce cas le rescrit fit corps avec la demande qui avait motivé son émission, de façon à ne pouvoir être

(1) Mommsen, *Gordians Dekret von Skaptoparene.*, Zeitschrift der Savigny Stiftung, XII, p. 252, note 1.

(2) Gaius, 1-94; Inst., 2-12 pr.; C. J., 7-43, *Quomodo et quando iudex sententiam proferre debet*, 1; D., 4-8, *De receptis*; qui arbitr. recep., 32-44.

(3) *Epistulæ* de Trajan à Pline, gouverneur de Bythinie.

(4) *Epistulæ Vespasiani ad magistratus et senatores Vanacinatorum, ad IIIviros et decuriones Saborensium, ad IIIviros et decuriones Fabriesium ex Piceno*, Bruns-Fontes, 1909, p. 254-255.

présenté à un magistrat, séparé de sa cause, au sujet d'une autre plainte (1).

Au Bas-Empire, époque où les rescrits se multiplient, il est rare que, dans les constitutions qui les mentionnent, nous les trouvions simplement désignés par leur nom : *rescriptum*, ἀντιγραφή. En conformité, d'une part, avec la grandiloquence que la monarchie absolue avait mise en usage, d'autre part avec l'absence de simplicité propre à toute période de décadence, les termes précis sont remplacés par des périphrases pompeuses : *beneficium speciale* (2), *indulgentia Clementiæ Nostræ* (3), *indultum Majestatis Nostræ oraculum* (4), *judicium Lenitatis Nostræ*, *Serenitatis Nostræ* (5), *elicitæ suffragio sanctiones* (6), *responsum Nostræ Tranquillitatis* (7). Et, bien qu'à cette époque les empereurs soient chrétiens, les habitudes païennes subsistent de les révéler comme des dieux; aussi trouve-t-on : *sacra auctoritas* (8), *sacri affatus* (9), *beneficium divinum* (10),

(1) P. Krüger, *Geschichte der Quellen*, 2. Auflage, p. 104.

(2) C. Th., 1-1, *De constit. Princ.*, 4.

(3) C. Th., 2-6, *De temp. cursu*, 1.

(4) C. Th., 8-3, *De cohortalib.*, 26.

(5) C. Th., 1-22, *De off. judic. omn.*, 2.

(6) C. Th., 11-12, *De immunit. conc.*, 3.

(7) C. Th., 6-4, *De praetorib.*, 31. — Cf. J. Godefroy, *Code Théodosien annoté*, 1-2, *De diversis rescriptis*, Paratillon.

(8) C. Th., 14-7, *De collegiatis*, 2.

(9) C. Th., 7-3, *qui in gradu*, 2.

(10) C. Th., 6-32, *De castrensiensis*, 2.

cæleste oraculum (1), *sacra jussio* (2), θεῖα κέλεις (3). Ces noms sont, du reste, des synonymes indifféremment employés pour désigner toute réponse de l'empereur.

Mais la masse des rescrits, de quelque nom qu'on les décore, se divise à cette époque en deux groupes : les *rescripta*, *rescripta simplicia* et les *adnotationes*, *adnotationes speciales* (4). Cette division en deux grandes classes nous paraît correspondre à des différences dans l'élaboration. « Les *adnotationes*, dit Krüger (5), qui suit Böcking (6), sont des décisions impériales inscrites sur la requête elle-même, à la suite de laquelle elles étaient rendues, et qui n'avaient de force exécutoire qu'à la suite d'une expédition en forme de rescrit. » Mais qui écrit cette annotation ? Ce doit être le prince lui-même (ou tout au moins directement sur son ordre un *notarius* ou un *referendarius*). Les synonymes du terme *adnotatio* ou les épithètes qui l'accompagnent font supposer que la main même de l'empereur a tracé la réponse : *manus Principalis* (7), *dextera Principalis* (8), *adnotatio manus nostræ* (9). Le *rescriptum*

(1) C. Th., 2-1, *De jurisdict.*, 9.

(2) C. Th., 12-1, *De decurionib.*, 102.

(3) Nov. 11-3, c. 1.

(4) Nov. Val., XIX. — C. Th., 10-10, *De petitionib.*, 27; 12-1, *De decurion*, 137.

(5) Krüger, *Gesch. der Quellen*, 2^e éd., p. 306.

(6) Böcking, sur *Notit. Dignit.*, II, p. 415.

(7) C. Th., 8-7, *De div. off.*, 21.

(8) C. Th., *h. t.*, 23.

(9) C. Th., 8-5, *De cursu publ.*, 14.

simplex, au contraire, devait être élaboré sans la participation du souverain. — C'est ce qui ressort d'une façon nette de la Nouvelle Valentinienne XIX : les libelles, demandant une réponse, pour la plupart n'arrivaient pas jusqu'à l'empereur ; ils s'arrêtaient dans les bureaux de la Chancellerie impériale, les *scrinia* ; et c'était un des chefs des bureaux, un *magister scrinii*, haut fonctionnaire au titre de *spectabilis*, qui élaborait la réponse et faisait rédiger le rescrit (1) ; il devait le soumettre à l'approbation du *quæstor sacri palatii*, représentant de l'empereur dans tout ce qui touchait au droit, mais souvent cette dernière formalité n'était pas scrupuleusement accomplie (2). Les rescrits émis de cette façon sont appelés par la Nouvelle *rescripta simplicia*. Mais les affaires importantes devaient être traitées par l'empereur lui-même, qui ne rendait la réponse qu'après débat en son conseil ; elle était ensuite transmise à la Chancellerie pour y être expédiée dans les formes prescrites (3). En résumé, la différence entre les deux sortes de rescrits consistait dans le fait qu'au cas d'*adnodatio*, l'affaire était venue *sub iudicium* de l'empereur, et que la décision n'avait été prononcée que *discussis rebus*.

(1) *Notitia Dignit. Pars Or.*, XIX : *Magister memoriarum... precibus respondet*. — Ed. Seeck, p. 44. — Cf. *infra*, p. 39. — C. Th., 11-30, *De appellat.* ; 54 : *Si... responsum sacra Scrinia non dedissent*.

(2) Nov. Val., XIX, pr. : *Cum rescripta hujusmodi etiam viro inlustri quæstore nesciente procedant*.

(3) C. Th., 1-2, *De div. resc.*, 1.

La sanction de la Novelle confirme le principe de la distinction : le *magister scrinii* est puni non pas au cas où au nom de l'empereur il rendrait des *responsa* — il semble donc qu'il aurait le droit d'en émettre — mais au cas où il rendrait des *interdicta responsa*, des rescrits sur les demandes qui, en raison de la gravité du fait (dans la Novelle il s'agit d'homicide), ne peuvent recevoir de réponse que de l'empereur lui-même, c'est-à-dire *per adnotationes*. La conséquence de l'intervention effective du prince est que, théoriquement tout au moins, l'*adnotatio* avait une autorité supérieure à celle du simple rescrit (1).

A côté de ces deux groupes apparaît au Bas-Empire une catégorie nouvelle de décisions impériales, qui ont avec les rescrits proprement dits une grande affinité : ce sont les *pragmaticæ sanctiones*, *πραγματικοί τύποι* (2). Cette dénomination est récente; on ne la trouve qu'à partir du iv^e siècle. Elle est rare au Code Théodosien (on l'y rencontre uniquement sous la forme *pragmaticum*) (3). Les pragmatiques ne tardent pas à prendre de l'importance, comme en témoigne la constitution de Zénon (4) (477) qui en réglemente l'emploi. Au Code Justinien, elles sont réunies aux rescrits et il en est

(1) C. Th., 4-14, *De act. cert. temp. fin.*, 1.

(2) Nov. 113, c. 1.

(3) C. Th., 6-23, *De decurion. et silent.*, 3; 11-1, *De annona*, 36; 16-5, *De hæreticis*, 52.

(4) C. J., 1-23, *De div. resc.*, 7.

traité dans un même titre (1). Mais l'inscription du titre prouve que si elles se joignent aux rescrits, c'est sans se confondre avec eux. Il y a, en effet, une différence essentielle : c'est que la pragmatique, bien qu'elle soit souvent une réponse, n'est pas par sa nature une réponse ; elle peut être émise sans que le bénéficiaire l'ait sollicitée (2). Une distinction ressort également de la constitution de Zénon ; il y est édicté qu'à l'avenir, il il ne sera plus accordé de pragmatiques aux simples particuliers : elles seront réservées aux *universitates hominum* (*corpus, schola, officium, curia, civitas, provincia*). Cependant, il paraît démontré qu'on a continué, au moins dans une certaine mesure, à en délivrer aux particuliers (3). Peut-être, comme l'a écrit Krüger (4), les expéditions des pragmatiques se distinguaient-elles de celles des rescrits (les fonctionnaires chargés de leur rédaction, les *pragmaticarii*, formaient un bureau spécial) ; mais nous ignorons en quoi consistaient ces différences.

Telles sont les formes que, suivant les cas, les réponses des empereurs ont affectées. Il faut déterminer maintenant sur quelles matières portaient ces réponses. Si au Code Justinien et au Code Théodosien, aux titres qui

(1) C. J., 1-23, *De diversis rescriptis et pragmaticis sanctionibus*.

(2) C. Justinien, *Præfatio* (Constitution Hæc) : ... *ad certas personas rescriptæ, vel per pragmaticam ab initio datæ*.

(3) Cf. note précédente.

(4) Krüger, *op. cit.*, p. 308.

leur sont spécialement réservés, et en outre dans les recueils et les ouvrages de droit, nous relevons les cas multiples où des rescrits ont été émis, il apparait qu'ils répondaient soit à des rapports qui avaient été soumis à l'empereur, administrateur général de l'État, soit à des suppliques qui avaient été présentées au prince, souverain dispensateur des grâces, soit enfin à des requêtes qui avaient été adressées au juge suprême, *viva vox juris civilis*.

Dans le premier cas, ce sont des fonctionnaires, préfets et gouverneurs, qui demandent la conduite à tenir en présence d'une situation déterminée. L'empereur répond par un rescrit (1), qui contient la décision prise par lui (*rescriptum ad relationem emissum*). Il arrive parfois que le fonctionnaire, en même temps qu'il soumet à l'empereur le point embarrassant, lui suggère les mesures à prendre: le rescrit est dit alors *ad suggestionem emissum* (2).

Dans le second cas, ce sont des particuliers qui s'adressent au prince: ils demandent que sa toute-puissance écarte exceptionnellement l'application de la loi; ils implorent de lui des grâces en matière crimi-

(1) Ep. de Trajan à Pline, Ed. Teubner, p. 198 et suiv. — Il faut y ajouter des fragments de rescrits conservés au Digeste et adressés par cet empereur à divers gouverneurs de provinces. — Cf. Cuq, *Conseil des empereurs*. Extrait des Mémoires adressés par divers savants à l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, p. 428.

(2) C. Th., 7-4, *De erogat mil. ann.*, 4.

nelle ou des exemptions d'impôts. Les suppliques de ce genre devinrent si nombreuses, particulièrement celles qui demandaient l'octroi de quelque immunité fiscale, que des constitutions impériales interdirent à l'avenir de solliciter des privilèges préjudiciables au Trésor, annulant comme obtenu par fraude tout rescrit qui les accorderait (1).

En matière judiciaire enfin : mais ici l'emploi d'une des catégories de rescrits énumérées ci-dessus est sujet à controverse. Tandis que, dans les cas que nous venons d'exposer, il est hors de doute que la réponse impériale affectait la forme convenable suivant les distinctions relevées par nous, en matière judiciaire la pragmatique sanction, dit-on, ne pourrait intervenir. Krüger dit que nous ne possédons point de pragmatiques émises pour trancher des questions litigieuses (2). Mais faut-il en conclure qu'elles ne devaient pas être émises dans ces questions? Zénon, dans la constitution citée plus haut, interdit de rendre les rescrits et les pragmatiques autrement qu'avec la clause *si preces veritate nituntur*. Et dans la seconde partie de la constitution, où il traite spécialement des pragmatiques, il insiste pour que cette clause y soit insérée, *ut hic etiam veritatis quæstio reservetur*. Cette prescription peut s'entendre d'une affaire litigieuse comme d'une enquête au sujet de

(1) C. Th., 1-2, *De div. resc.*, 8, 9.

(2) Krüger, *op. cit.*, p. 307.

l'exactitude de la cause, qui a porté l'empereur à accorder une faveur. Mais la Novelle 113, qui interdit de supplier l'empereur dans un procès pendant, annule tout rescrit obtenu par des *preces* faites dans ces conditions, et ordonne au juge de n'en pas tenir compte : or, la Novelle, dans son énumération prohibitive, cite les rescrits, les annotations et les pragmatiques sanctions. *A contrario*, on pourrait donc en déduire que, sous Justinien au moins, les pragmatiques pouvaient intervenir dans les procès (1).

Quelle que fût la forme dont elle les revêtait, en matière judiciaire, la Chancellerie impériale émettait des rescrits qui emportaient des effets très différents, suivant que les requêtes auxquelles ils répondaient émanaient de magistrats dans l'exercice de leurs fonctions ou de particuliers.

Dans le premier cas, quand un juge, après avoir entendu les plaideurs exposer devant lui leurs arguments et administrer les preuves, hésitait et ne savait en l'occurrence quelle règle de droit appliquer, il prenait le parti d'en référer à l'empereur (2). L'empereur prononçait la sentence et la communiquait par un rescrit qui était dit : *ad relationem* (3), *ad opinionem* (4),

(1) Partsch, *Neue Urkunden zum justinianischen Reskriptprozeß*. *Nachrichten der k. Gesellschaft der Wissenschaften zu Göttingen. Phil. hist. Kl.*, 1911, p. 221.

(2) C. Th., 11-29, *De relationibus*, 2; 11-30, *De appellationibus*, 5

(3) *H. t.*, 11.

(4) *H. t.*, 9.

ad consultationem emissum (1). C'était bien un véritable jugement qui était rendu et il en comportait toutes les conséquences : en effet, la consultation demandée par le juge devait être rédigée non d'après les allégations d'une seule des parties (2), mais après une instruction complète de l'affaire, les deux parties ayant été entendues contradictoirement (3).

Le juge devait ensuite communiquer, *apud acta*, un exemplaire de la consultation aux parties, au plus tard dans les dix jours, à compter du jour où il avait promis d'en référer (5). C'est ce que les textes appellent l'*editio consultationis*. Les plaideurs prenaient connaissance de la relation et, s'ils la trouvaient incomplète ou contraire à la vérité, ils avaient le droit de combattre ses allégations ; dans ce but, ils remettaient au juge des libelles réfutatoires (*refutatio*, *libellus refutatorius*, *preces refutatoriæ*), *apud acta*, dans les cinq jours (6). Constantin ordonna même que le juge les exigeât des parties (7). La marche à suivre, l'*ordo servandorum* (8), était la suivante : La relation était envoyée, avec la *refutatio*, au prince (9), ou plus précisément *ad scrinia Principis*,

(1) *H. t.*, 47 ; 1-2, *De div. resc.*, 11.

(2) *C. Th.*, 11-29, 6.

(3) *C. Th.*, 2-18, *De judiciis*, 1.

(4) *C. Th.*, 11-30, 1.

(5) *C. Th.*, *h. t.*, 1 ; 11-29, 3, 5.

(6) *C. Th.*, 11-30, 1, 8, 11 ; 11-29, 5.

(7) *C. Th.*, 11-30, 24.

(8) *C. Th.*, 11-29, 5.

(9) *C. Th.*, 11-29, 4, 5 ; 11-30, 31.

ad scrinia epistularum (1) (le *magister epistularum* s'occupait de ces consultations) (2). Conjointement avec les relations et les libelles, il fallait envoyer toutes les pièces de l'affaire et, d'une façon générale, tout ce qui touchait à la cause qui était en question, c'est-à-dire que le juge, outre le rapport sur les débats qui s'étaient déroulés en sa présence, devait transmettre les *acta*, et il y devait ajouter le récit des débats qui auraient pu avoir lieu auparavant devant un autre juge (3). Donc, et il est important de le noter, le juge ne pouvait communiquer à l'empereur que des procès dont l'instruction avait été menée complètement et sans avoir laissé aucun point dans l'ombre. Les consultations étaient lues dans le Sacré Consistoire; en réponse étaient émis des rescrits qui tranchaient l'affaire d'une façon définitive (5). Le juge, au reçu du rescrit, devait lire aux parties la sentence qu'il contenait, et la faire exécuter; toute faculté d'ouvrir à son sujet une enquête était interdite; il prononçait d'une façon absolue, il excluait tout appel, toute supplication (6). Par conséquent, le rescrit émis dans ce cas mettait fin à une procédure. En réalité, il n'y a là qu'une sorte de procès sur évocation.

(1) C. Th., 11-30, 30, 54, 65.

(2) *Not. Dign.*, Ed. Seeck, p. 44.

(3) C. Th., 11-29, 5; 11-30, 1, 8.

(4) C. Th., 11-29, 4.

(5) C. Th., 11-30, 6.

(6) C. Th., 11-30, 6, 8, 9, 11.

La différence est que, ici, l'empereur juge sur pièces, et nous avons vu qu'il insiste pour qu'on lui communique tout ce qui est relatif à l'affaire, au lieu de statuer en présence des parties et après avoir entendu leurs allégations. Et si l'empereur prenait cette voie au lieu d'évoquer simplement l'affaire devant son tribunal, c'est qu'il voulait interdire le plus possible aux plaideurs l'accès de la capitale; il leur était formellement défendu, en effet, au cas où une consultation était envoyée à Constantinople, de se présenter à la cour du prince pendant une année, et ils n'obtenaient le droit d'y venir que si, le délai d'un an expiré, ils n'avaient pas reçu la réponse sollicitée (1).

Tout autrement, au contraire, se présente à nous la seconde catégorie de rescrits que l'empereur émet en matière judiciaire : loin d'être la fin d'une procédure, ils en sont le début, comme le marque le titre du Code Théodosien qui traite de l'introduction de l'instance (2). A cette époque, au iv^e siècle et dans la première moitié du v^e siècle, où le procès s'engage normalement par *litis denuntiatio*, le Code Théodosien montre qu'il est un autre procédé pour arriver au même but, c'est de faire à l'adversaire l'*editio rescripti*. Cela suppose évidemment qu'un rescrit impérial a été sollicité et obtenu au sujet d'un procès. Le Code Théodosien et le Code

(1) C. Th., 11-30, 34, 47, 54.

(2) C. Th., 2-4, *De denuntiatione vel editione rescripti*.

Justinien renseignent, soit directement, soit d'une façon incidente, sur la procédure qui se déroule ensuite. Cette procédure a des caractères originaux, ne permettant pas de la confondre avec la *cognitio extraordinaria* qui est, à cette époque, la voie normale ouverte aux plaideurs. Elle en diffère par le point de départ, par la façon dont les débats se déroulent ensuite, par le prononcé du jugement et les effets qui y sont attachés. Aussi les commentateurs modernes, pour la distinguer de la procédure extraordinaire normale, l'ont-ils appelée « la procédure par rescrit ». Elle est peu connue; nous nous proposons en conséquence de l'étudier.

Nous l'examinerons d'abord dans la période où, à côté de la procédure normale, elle se présente à nous comme une voie régulièrement constituée, c'est-à-dire au Bas-Empire; dans une première partie, nous montrerons comment elle fonctionnait au iv^e et au v^e siècle; dans une seconde partie, nous observerons les modifications qu'elle a subies à l'époque de Justinien. Puis, la connaissance que nous aurons alors acquise des caractères de la procédure par rescrit et de son fonctionnement nous permettra d'en rechercher les origines dans le droit de l'époque précédente; nous nous efforcerons de fixer de quelles institutions et de quels usages elle est issue, et comment peu à peu les circonstances l'ont amenée à devenir d'une procédure exceptionnelle, fréquente il est vrai, mais toujours de faveur, une voie de droit régulière; sous l'empire de quelles causes elle a

pris la physionomie qu'elle revêt au iv^e siècle une fois qu'elle a atteint son plein développement. Enfin, pour conclure cette étude, nous chercherons les raisons qui ont assuré à la procédure par rescrit un succès persistant et considérable, malgré les inconvénients sérieux qu'elle pouvait présenter.

CHAPITRE PREMIER

La procédure par rescrit au IV^e et au V^e siècles.

I. La supplique

I. — Un particulier, quand il possède un droit litigieux, peut engager un procès par la voie normale, c'est-à-dire, au IV^e siècle, faire à son adversaire la *litis denuntiatio* avec le concours d'un magistrat ayant le *jus acta conficiendi* (1). Mais pour des raisons dont il est seul juge, s'il préfère recourir directement à l'autorité suprême, il s'adresse sans intermédiaire à l'empereur. La politique des empereurs, en effet, a toujours favorisé le libre accès des demandes et des plaintes de leurs sujets; particulièrement, tout sujet de l'empire peut solliciter du souverain qu'il lui rende la justice. Nous ne trouvons dans les textes aucune exclusion fondée sur la qualité de la personne qui implore le prince.

Le plaignant rédige donc une supplique que l'on

(1) C. Th., 2-4, *De denunt. vel ed. Resc.*, 2. — P.-C. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6^e édit., p. 1093.

trouve désignée des noms de *preces* (1), *supplicatio* (2); son objet est le droit litigieux. Il y expose le procès, succinctement, mais de façon complète. Il n'est pas besoin qu'il y adjoigne des exemplaires des titres sur lesquels il appuie ses prétentions; il n'a qu'à les résumer et en faire passer l'essentiel dans son libelle (3). Ici se marque le trait qui fait l'originalité de la procédure par rescrit et la distingue des autres voies de droit: seule la question de droit est posée à l'empereur; la vérification du fait est réservée pour un examen ultérieur.

Quant au domaine qui est ouvert à la supplique, il comprend toute l'étendue du droit: toutes les matières qui peuvent donner lieu à procès peuvent également donner lieu à une supplication, et d'après ceux que nous possédons, nous pouvons nous rendre compte que les rescrits ont été émis à propos de procès qui portaient sur les points les plus divers du droit (4): successions, obligations, droits réels, etc... Mais, réciproquement, toute matière qui ne donne pas lieu à une action n'ouvre pas davantage la voie de la procédure par rescrit. Nous trouvons des décisions de détail, où,

(1) C. Th., 1-2, *De div. resc.*, 6, 10, 11; 4-14, *De act. cert. temp.*, 1; 4-22, *Unde vi.*, 2.

(2) C. Th., 1-2, *De div. resc.*, 5; 4-22, *Unde vi.*, 5.

(3) C. J., 1-19, *De prec. imp. aff.*, 2.

(4) Cf. C. Grégorien et C. Hermogénien uniquement composés de rescrits impériaux.

dans un cas donné, l'empereur refuse à la fois le droit d'agir en justice et le droit de supplier (1). La décision de principe ressort d'une constitution de Constantin (315) qui déclare sans valeur les rescrits contraires au droit (2). Cette loi vise d'une façon générale le rescrit, c'est-à-dire le résultat de la supplication sur quelque matière qu'elle porte, mais dans le cas particulier où le rescrit est une réponse en matière litigieuse, de cette loi on peut déduire qu'il est interdit de demander, par une supplique, à l'empereur un rescrit là où le droit civil refuse l'action. Normalement, une supplique de cette nature doit être rejetée; si elle est admise, ce ne peut être que par fraude; en conséquence, la réponse de l'empereur sera sans valeur. C'est une loi fondamentale, à laquelle les empereurs attachent la plus grande importance, car ils l'ont reprise sous des formes différentes dans un très grand nombre de constitutions (3).

Mais s'il est permis d'user de cette voie dans toutes les matières, il n'est pas permis d'en user en toutes circonstances. A cette époque, les interdictions partielles édictées par les empereurs au sujet de l'emploi de la procédure par rescrit proviennent de l'idée qu'elle est sans objet dans les cas visés, parce que son but peut

(1) C. Th., 2-9, *De pactis et transact.*, 3 (Ed. Ritter); 4-18, *De fruct. et lit. exp.*, 2; 2-18, *De judiciis*, 2.

(2) C. Th., 1-2, *De div. resc.*, 2 : *Contra jus rescripta non valeant*.

(3) Cf. J. Godefroy, *Code Théodosien annoté*, 1-2, *De diversis rescriptis*, Paratitlon.

être atteint, ou l'a déjà été, d'une autre manière. Au iv^e siècle, l'empire est devenu une monarchie asiatique ; l'empereur est le centre vers qui tout converge et d'où émane toute autorité ; en matière de droit, en particulier, il est la loi vivante, le seul juge ; comme en fait il est impossible qu'il assume la *cognitio* de toutes les affaires, il délègue ses pouvoirs judiciaires (de même que ses pouvoirs administratifs) aux gouverneurs des provinces ; ceux-ci ne prononcent leur sentence qu'en vertu de l'autorité impériale et sont donc en quelque sorte les porte-parole de l'empereur. Cependant, comme ces agents peuvent être amenés à interpréter inexactement la pensée ou à trahir la volonté du maître, un contrôle est organisé au moyen de deux institutions : les relations des juges, qui vont droit à l'empereur ; l'appel, qui mène à un fonctionnaire de très haut rang représentant réellement l'empereur. Telle est la procédure normale à cette époque. De son côté, la procédure par rescrit tend au même but que la première ; seulement les phases, ici, sont, pour ainsi dire, renversées : elle débute par l'accès auprès du souverain et la procédure proprement dite est reléguée au second plan. En présence de ces deux voies d'accès, c'est au plaideur à choisir : avant que les débats soient entamés, la liberté de son choix est entière, mais une fois qu'il est engagé dans la voie normale (tout au moins à partir d'un certain stade que nous nous efforcerons de déterminer), il lui est désormais interdit de faire emploi de la supplication. Une

telle permission accordée par le prince, outre qu'elle ajouterait une surcharge au fardeau qui pèse sur le pouvoir central (1), apporterait surtout une complication inutile dans la procédure, puisque le plaideur non satisfait a toujours la ressource d'arriver finalement, en persévérant dans la voie choisie, à l'empereur ou à un magistrat jugeant *vice sacra*. Et en effet, les textes disent qu'il est interdit de supplier quand le procès est en suspens ou quand la voie de l'appel est ouverte. Une dernière prohibition est portée au cas où le procès a été terminé par une sentence définitive. Pour ces trois catégories, la supplique ne ferait que remettre en cause ce qui peut par une autre voie être tranché par l'empereur, ou ce qui l'a déjà été.

II. — En premier lieu, il est interdit de supplier quand la cause est en suspens : la prohibition est édictée par Constantin (2). Que faut-il entendre par là ? La suite de la constitution nous éclaire par les exceptions qu'elle apporte au principe : la cause est en suspens quand le juge a promis au plaideur d'envoyer une relation au prince. Il y avait donc à ce moment un arrêt dans la marche de l'affaire pendant le temps nécessaire pour la rédaction de la relation, son envoi à la cour, la décision de l'empereur et l'émission du

(1) C. Th., 11-29, *De relation.*, 1 : *Super paucis, quæ juridica sententia decidi non possunt, nostram debes consulere majestatem, ne occupationes nostras interrumpas.* — De même, 15-1, *De operib. publ.*, 2.

(2) C. Th., 11-30, *De appellat.*, 6 (316).

rescrit adressé au juge. Une supplique, émanée à ce moment d'une seule des parties, eût été parfaitement superflue, puisque l'empereur, muni des pièces du procès et mis au courant des arguments des deux parties, allait juger l'affaire au fond. La sanction de la prohibition était sévère. Le contrevenant était condamné au profit du fisc à une amende égale à la moitié de la valeur du litige, fixée par l'évaluation du juge. Cette règle ne souffrait que deux exceptions : ou bien le juge avait refusé de communiquer à l'un des plaideurs un exemplaire de la relation, ou bien il avait purement et simplement supprimé la transmission. Dans ces deux cas, l'accès du souverain était devenu impossible par la voie normale, le droit de supplication réapparaissait. Mais le juge, convaincu de ces infractions graves à la loi et d'avoir, en arrêtant la marche de la procédure, « imposé aux plaideurs la nécessité » de recourir à un autre moyen, était sous le coup d'une accusation de sacrilège.

Le terme *causa pendente* peut-il s'entendre également du procès qui se déroule normalement en première instance, durant le temps qu'il est soumis à l'examen du juge, et avant que celui-ci ait prononcé son jugement, ou ait annoncé qu'il en référerait à l'empereur, ce qui est, en quelque sorte, aussi un jugement? Ce n'est pas le sens que lui donne J. Godefroy dans son *Commentaire sur la constitution 6* (11-30, *De appellat.*), il ne l'applique, là tout au moins, qu'à une affaire où

la sentence est différée par une relation du juge ou qui est remise en question par un appel. Cette interprétation paraît corroborée par une constitution de la même époque (1) (326), où un terme équivalent, *controversia pendente*, est employé à propos de procès qui mettent aux prises les particuliers et le fisc. L'empereur interdit au fisc de saisir la propriété litigieuse, *controversia pendente*, ce qui signifie, semble-t-il, que l'appel suspend l'exécution, même au profit du fisc. Par contre, J. Godefroy pense que des rescrits peuvent être obtenus au cours d'un procès, tout au moins à l'effet de prescrire des mesures provisoires et qui ne touchent pas au fond de l'affaire : pour accorder, par exemple, une exception dilatoire, ou une *missio in possessionem* aux fins de préserver la dette (2). Mais il peut paraître surprenant que le plaideur, en cette occasion, ne s'adresse pas de préférence au juge même à qui est soumise l'affaire principale. Et il est difficile de penser que ce n'est qu'après avoir été repoussé par le juge à ce sujet qu'il s'est adressé à l'empereur, car l'appel des jugements interlocutoires est, à maintes reprises, formellement interdit sous des peines pécuniaires graves (3). Peut-on croire que la supplication sera permise là où

(1) C. Th., 10-1, *De jure fisci*, 5.

(2) J. Godefroy, *Commentaire sur loi 4*, C. Th., 1-2, *De div. resc.*, = 6, *h. t.* (Ed. Mommsen et Meyer).

(3) C. Th., 11-30, *De appellat.*, 2, 25, 40, 44; 11-36, *Quorum appellat.*, 1, 2, 3, 5, 11, 16, 18.

l'appel est si sévèrement défendu, parce qu'il apparaît aux empereurs comme une complication inutile de la procédure. La constitution que Godefroy invoque peut bien s'appliquer à des rescrits qui ne tranchent pas l'affaire au fond, mais rien n'indique qu'ils sont émis au sujet d'un procès déjà en cours. Elle ordonne seulement à l'exécuteur du rescrit d'examiner le bien-fondé de la supplique et, si elle lui paraît mensongère, de connaître de toute l'affaire (1).

En résumé, nous n'avons pas de textes positifs pour notre époque qui interdisent ou qui permettent l'emploi de la procédure par rescrit dans cette période de l'instance. L'interdiction est cependant vraisemblable en raison de l'esprit général de la législation de Constantin, qui, sans jamais interdire l'action auprès du souverain, s'efforce de le rendre le moins nécessaire et, par conséquent, le plus rare possible, en rappelant le juge au respect de la loi (2) et en imposant au plaideur le respect du juge et de ses décisions. D'autre part, nous possédons dans une matière très voisine une constitution de cet empereur. Elle pose, en principe, qu'après la *litis contestatio*, il n'est pas permis de retirer l'affaire au

(1) Un exemple nous est donné par Symmaque dans une de ses relations à l'empereur (*Ep.*, X, 39). Il y parle d'un procès où, avant qu'il fût entamé, la demanderesse s'était munie d'un rescrit ordonnant sous condition son envoi en possession des biens litigieux. Bethmann-Hollweg, *Zivilprozess*, III, p. 357.

(2) C. Th., 11-30, *De appellat.*, 4, 6, 13, 31.

juge ordinaire, ni, ajoute-t-elle, d'implorer l'aide d'un juge *spectabilis* (1). Or, les juges qui avaient le titre de *spectabilis* jugeaient *vice sacra* (comtes d'Orient, vicaires, proconsuls) (2) : on ne pouvait donc, une fois la *litis contestatio* faite devant un juge ordinaire, s'adresser directement à celui qui représentait l'empereur ; il semble permis de supposer qu'on ne pouvait davantage (et pour les mêmes motifs) s'adresser à l'empereur lui-même.

III. — En second lieu, il est interdit de présenter une supplique au sujet d'une cause qui a été tranchée auparavant par une sentence judiciaire, alors que la voie de l'appel était ouverte. C'est ce que Constantin a édicté par un certain nombre de constitutions d'où il est possible de dégager la pensée qui l'a inspiré : en interdisant la supplication, il diminue la tâche de l'empereur ; en organisant l'appel et en le multipliant, il laisse aux plaideurs le moyen d'arriver à un fonctionnaire, le préfet du Prétoire, dont la décision est regardée comme étant la sienne même. Ici, du reste, comme au premier cas, la procédure par rescrit conserve une fonction supplétoire : la supplication reparait quand il est avéré que par la voie normale l'accès auprès du souverain ou de son représentant direct est impossible.

(1) C. J., 3-13. *De jurid. omn. jud.*, 4 : elle a été rendue la même année (331) qu'un certain nombre de lois qui ont réglé l'emploi de la supplication en présence de l'appel, et elle montre les mêmes tendances.

(2) C. Th., 11-30, *De appellat.*, 16 ; 11-34, *De his qui per met.*, 1, 2.

Nous trouvons une première décision en l'année 319 (1). Elle suppose le cas suivant : une affaire a été tranchée en justice. Il n'a pas été interjeté appel de la sentence du juge. Cependant, le plaideur se présente devant le magistrat supérieur (la constitution est adressée au proconsul d'Afrique) (2) muni d'un rescrit qui ordonne de recommencer le procès. Constantin enjoint au magistrat de ne tenir aucun compte du rescrit, mais, au contraire, de faire expulser du tribunal celui qui s'en prévaut. C'est donc l'interdiction nette d'employer la procédure par rescrit après une *judicialis sententia*.

En 331, Constantin promulgue une série de constitutions qui réglementent en détail l'emploi de la supplication en face de l'appel. Dans une première loi (3), il ordonne à celui qui a été vaincu en justice, et qui a dédaigné la voie licite de l'appel, de garder désormais le silence, et il lui défend d'avoir l'audace en un tel cas de réclamer par une supplication le secours du prince, c'est-à-dire un rescrit. Il édicte une sanction sévère contre qui oserait enfreindre la défense : la peine de la déportation.

(1) C. Th., 4-16, *De re judicata*, 1.

(2) L'inscription dit seulement : *Ad Proculum*, mais nous savons que Proculus était proconsul d'Afrique par d'autres constitutions de la même année dont l'inscription porte son nom accompagné de son titre : C. Th., 6-35, *De privileg. eorum qui in S. P.*, 2 ; 15-3, *De itiner. mun.*, 1.

(3) C. Th., 11-30, *De appellat.*, 17.

Au premier abord, cette loi ne fait que répéter l'interdiction portée, plusieurs années auparavant, par la loi 1 (4-16). En réalité, elle n'est qu'une partie d'un édit, dont d'autres fragments ont été détachés et insérés au Code Théodosien sous diverses rubriques ; il faut rapprocher ces fragments les uns des autres si l'on veut pénétrer la pensée du législateur. Par les termes *licita provocatio*, la loi 17 vise une série d'appels nouveaux qui viennent d'être institués, et qui sont donc désormais licites. En effet, la loi 16 *h. t.* (1) accorde aux plaideurs le droit d'en appeler des sentences des proconsuls, des comtes et des vicaires au Préfet du Prétoire. Cette loi n'a dû faire que constater la tendance qui poussait le plaideur à ne pas s'arrêter au juge, commis régulièrement par l'empereur à sa place, si haut fût-il, pour remonter jusqu'au souverain même. Elle n'en est du reste pas la seule manifestation (2). On peut donc inférer que la voie régulière s'arrêtant au magistrat jugeant *vice sacra*, les plaideurs continuaient par le seul chemin qui leur semblât ouvert : une supplique et la demande d'un rescrit. Constantin régularise et organise ce mouvement : il fait une distinction. Il met à part le Préfet du Prétoire qu'il qualifie de seul véritable représentant de l'empereur (3) ; ce serait donc porter atteinte

(1) C. Th., 11-30, *De appellat*, 16.

(2) Nov. Théod., XIII. — Cf. *infra*, p. 31.

(3) C. Th., 11-30, 16, *Qui soli vice sacra cognoscere vere dicendi sunt*.

à la majesté impériale que d'attaquer ses jugements (1). Mais pour les juges *spectabiles* (proconsuls, comtes, vicaires), il permet qu'on fasse appel de leurs sentences, et il adresse en ce cas les plaideurs au Préfet du Prétoire. Cette *licita provocatio* instituée (loi 16), il interdit en conséquence (loi 17) de lui adresser des suppliques au sujet des sentences visées : elles étaient désormais inutiles. La preuve que l'interdiction de la loi 17 visait directement les nouveaux cas d'appel de la loi 16 ressort du fait que ces deux constitutions ne sont que deux parties d'un même édit ; c'est ce que prouve la comparaison de leurs inscriptions, qui sont identiques (2) ; et celle de leurs dates d'émission et d'affichage, qui indiquent la même année, le même mois et le même jour (3).

L'interdiction de recourir désormais à la procédure par rescrit dans ces cas était absolue ; c'est ce que nous montre un troisième fragment du même édit (4) ; il frappe ceux qui auraient tenté de renouveler le litige *omissa provocatione*, en alléguant que s'ils ont recours à ce moyen et s'ils ont laissé de côté l'appel, c'est à cause de la terreur que leur inspire le juge. Constantin a supprimé là pour les plaideurs ce que l'on peut nom-

1) *Ne jam nostra contingi veneratio videatur (ibid.)*.

(2) *Ad universos Provinciales*.

(3) *Dat. Kal. Aug. ; propos. Kal. Sept. Constantinopoli Basso et Ablavio cons.* (331).

(4) *C. Th., 11-34, De his qui per met., 1.*

mer l'exception *metus* (1), et cela non seulement dans le cas où ils n'en ont pas fait usage uniquement dans la crainte d'offenser un puissant, mais même s'il est allégué que le juge a réellement, par ses menaces, terrorisé celui qui voulait appeler. En effet, le plaideur a alors la ressource de se présenter directement au Préfet du Prétoire, comme si l'appel avait été régulièrement interjeté, et devant ce magistrat les débats recommencent comme en première instance (2).

Bien que la prohibition formelle de la loi 17 (11-30) fût complète en présence des remèdes assurés par la loi 16, Constantin la renforce sur un point spécial, parce qu'il a prévu qu'on se servirait de ce prétexte, qui, en réalité, est loin d'être chimérique (3). Aussi à la peine de la déportation dans une île, édictée d'une façon générale par la loi 17, s'ajoute ici la confiscation de tous les biens au profit du fisc.

A la même époque cependant, une constitution semble apporter une dérogation au principe, que nous voyons suivi par l'empereur, et admettre pour les sentences des juges ordinaires (*Præsides*) qu'elles peuvent être attaquées non seulement par l'appel, mais aussi par une

(1) J. Godefroy, *Commentaire sur la loi 1* (11-34).

(2) C. Th., 11-30, 16 (Constantin, 331), *h. t.*, 30 (Julien, 362).

(3) C. Th., 11-30, 15 : *Ne appellatores vel in carcerem redigant, vel a militibus faciant custodire*; *h. t.*, 22 : *Nec appellantes injuriarum afflictione deterritos a suffragio necessariz defensionis expellant*.

supplique en vue d'obtenir un rescrit (1). Elle enjoint au Préfet du Prétoire, à qui elle est adressée, d'examiner les appels qu'on lui fait des sentences des *Præsides* de la façon suivante : il réformera leur jugement s'il le trouve nécessaire; au cas contraire, il condamnera le plaideur, qui a appelé témérement, à une peine grave (2), et, ajoute l'empereur, cette loi devra être également appliquée à nos annotations (c'est-à-dire à nos rescrits) qui ordonnent de renouveler le débat après un jugement (3). J. Godefroy déduit de ce texte que l'appel ou l'obtention d'un rescrit peuvent être employés indifféremment contre les sentences des juges ordinaires. En réalité, la loi avait, en parlant des *adnotationes*, une portée beaucoup moins générale que celle qui lui est attribuée par le commentateur. Il faudrait ajouter au dernier alinéa de la constitution qui traite des rescrits la mention : dans les cas où il en peut être rendu, mention que l'empereur pouvait omettre puisqu'il s'adressait au Préfet du Prétoire, fonctionnaire au courant des

(1) C. Th., 1-5, *De off. Præf. Præt.*, 3 = *h. t.* 1 (C. Th. annoté), 20 octobre 331.

(2) *Ibid.* : *Si patrimonio circumfluat, biennio in insulam relegatione plectatur, ejusque bonorum media portio fiscalibus compendiis addicta cedat; quod si agrestis vitæ sit aut etiam egentis, ad biennii tempus in metallum retrudendus est.*

(3) *Ibid.* : *Quam legem in annotationibus quoque nostris de iterando post sententiam judicio custodire debebis.*

(4) Godefroy, *Commentaire sur loi 1* (1-5) = 3 (*h. t.*), éd. Mommsen et Meyer.

lois en vigueur. Une constitution émise par Constance (1) nous dit, entre autres choses, que l'autorisation de supplier, après les sentences des *Præsides* et des *Consulares*, est maintenue par lui, mais sous la même condition que son divin père (l'empereur Constantin) y avait attachée par un édit que nous ne possédons pas : à savoir *certo terrore proposito*. En présence de cette règle, la loi 3 (1-5) ne peut donc faire allusion qu'aux rescrits obtenus parce que la crainte du juge avait rendu impossible l'appel. Ici encore, nous constatons que dans une instance engagée, la supplique n'apparaît que comme un moyen supplétoire.

La même constitution 2 (11-34) nous apprend que la prohibition portée par la loi 1 (*h. t.*) de supplier après les sentences des magistrats jugeant *vice sacra*, même en alléguant la terreur du juge, souffrait un tempérament porté, par Constantin même, dans une loi qui ne nous est pas parvenue. Les jugements des vicaires pouvaient être attaqués par une supplication, sous la même condition que pour les juges ordinaires : *certo terrore proposito*. Et Constance, toujours sous la même condition, étend le même bénéfice aux sentences du préfet de la ville et du proconsul. De la prohibition portée par Constantin dans la loi 1 (11-34), tant d'exceptions ne laisseraient subsister, comme juges *vice sacra* à qui elle s'applique, que les comtes.

(1) C. Th., 11-34, *De his qui per met.*, 2 (355).

Telle est la façon dont la législation du iv^e siècle, reprise par Théodose II, régleme l'introduction de la procédure par rescrit en présence de l'appel. La procédure normale conservait une infériorité : elle conduisait à un *spectabilis*, juge *vice sacra*, au besoin jusqu'au Préfet du Prétoire qui doit être tenu ici pour l'empereur ; elle ne conduisait pas à la personne même de l'empereur. Et malgré l'équivalence établie par le prince entre les décisions du Préfet et les siennes, si fort était le mouvement qui poussait les sujets à chercher la décision du souverain que, à défaut de voie normale inconcevable dans ce cas, des sentences du Préfet on recourait à l'empereur par une supplique. Il ne pouvait ici être question d'un appel régulier ; par définition, il était impossible et même sacrilège (1). Aussi la sentence était-elle non pas infirmée, mais rétractée (2), le prince retirant par un rescrit le jugement qu'il était censé avoir prononcé lui-même. Une constitution des empereurs Valentinien et Valens (365), contenue seulement, il est vrai, au Code Justinien (3), prouve que, tout au moins durant le cours du iv^e siècle, les plaideurs ne se contentaient pas du jugement du Préfet du Prétoire et adressaient encore des suppliques au prince. Nous noterons cependant qu'il n'en est pas

(1) *Post sententiam (Præfecti Prætorio) quem nefas est appellatione suspendi*. Nov. Théod., XIII, pr.

(2) Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Zivilprozess*, III, p. 340, n. 13.

(3) C. J., 1-19, 5.

question dans le Code Théodosien, où le Préfet apparaît vraiment comme un vice-empereur; cela montre que la procédure par rescrit appliquée à ce cas était encore une voie extralégale et de pure faveur. Mais l'année même de la promulgation du Code Théodosien apporte sa reconnaissance officielle (1). Théodose II, en 439, admet et régleme l'emploi de la supplique contre les sentences des préfets; elle est autorisée sous les conditions suivantes : le plaideur a deux ans pour s'adresser à l'empereur. Ce délai court du jour de la sortie de charge du juge. Pourquoi ce point de départ? Parce que dans la procédure par rescrit qui va s'engager, le seul juge possible se trouve être le Préfet du Prétoire lui-même; on ne peut confier cette affaire à un magistrat de rang moins élevé; lui seul peut reviser un jugement réputé impérial (2). Logiquement donc, il faut, si l'on veut une sentence impartiale, que le magistrat qui rendra la seconde sentence ne soit pas le même que celui qui a prononcé la première (3), d'où la prescription de la loi.

Cette dernière réforme achève de montrer le rôle, à notre époque, de la procédure par rescrit en face de la procédure normale en action : il consiste uniquement pour elle à se tenir prête à chaque stade à suppléer la

(1) Nov. Théod., XIII.

(2) Bethmann-Hollweg, *Zivilprozess*, III, p. 340.

(3) Cette idée ressort d'une constitution de Justinien qui modifie les conditions de la supplication. C. J., 7-62, *De appellat.*, 35.

procédure normale, s'il en est besoin; mais, de plus, quand celle-ci s'est arrêtée définitivement, aux plaideurs qui s'obstinent à chercher, derrière la fiction juridique du juge *vice sacra*, la personne réelle de l'empereur, elle permet de parvenir au but de leurs efforts.

IV. — Une dernière prohibition défend l'emploi de la procédure par rescrit au sujet d'une affaire terminée. Nous venons de voir que par la procédure normale il n'y a pas de sentence vraiment définitive avant qu'on ait abouti au prince (mis à part les cas que nous venons d'examiner où l'on a laissé volontairement écouler les délais d'appel et où toute voie de recours est désormais fermée). Aussi les textes qui prononcent l'interdiction se rapportent-ils à des sentences prononcées par l'empereur qui a examiné la question de droit et la question de fait et qui, de plus, a jugé l'affaire au fond. Constantin défend d'envoyer une supplique au sujet d'un procès terminé *rescripto vel consultatione* et frappe le contrevenant d'une amende égale à la valeur du procès (1). Les termes *rescripto vel consultatione* doivent être pris comme synonymes (2). Le rescrit dont il est question est celui qui est rendu sur la relation d'un juge. C'est ce qu'indique l'expression *terminatam rescripto... quæstionem*. S'il s'agissait d'un rescrit de pro-

(1) C. Th., 11-30, *De appellat.*, 6 (316).

(2) Godefroy les interprète ainsi : *Terminatam rescripto ad consultationem (quæstionem)*. *Commentaire sur loi 6 (11-30)*.

cédure, elle serait inexacte, car un rescrit de ce genre ne termine pas une affaire. La prohibition est répétée plusieurs fois sous diverses formes dans les années qui suivent (1). Les questions qui sont données comme terminées ont donc été, en droit et en fait, tranchées par l'empereur. Il est impossible, en effet, de concevoir, dans ce cas, une continuation du procès puisque son but a déjà été atteint (2). Mais il faut encore, pour que la sentence soit regardée comme définitive, que le jugement de l'empereur ait porté sur le fond de l'affaire ; cela nous a été dit dans des termes obscurs et longtemps mal interprétés (3) : « Toutes les fois que par notre rescrit une question préjudicielle est tranchée, ou une prescription moratoire accordée, que la voie de la supplication soit ouverte ; mais le rescrit qui enlève l'examen de l'affaire tout entière et épuise les forces de l'affaire principale ne peut être infirmé sans que l'autre partie en éprouve un grave dommage. Donc, que l'on ne

(1) C. Th., 11-30, 8, 9 (319).

(2) Constantin le dit dans une constitution où il ordonne aux juges de respecter les formes établies pour les relations : après des rescrits rendus sur des relations ainsi faîtes *neque ullus querimonix locus dabitur, nec occasio supplicandi*. C. Th., 11-30, 11 (321).

(3) C. Th., 1-2, *De div. rescr.*, 5 : *Quoties rescripto nostro præjudicium vel moratoria præscriptio remittitur, aditus supplicandi pandatur : quod autem totius negotii cognitionem tollit, et vires principalis negotii exhaustum, sine gravi partis allerius dispendio convelli non potest. Nec præscriptionis igitur peremptoriæ relaxatio petatur, nec contra edictum supplicetur.*

demande pas le relâchement (*relaxatio*) d'une exception péremptoire, et que l'on ne supplie pas contre un édit. » Cela signifie, comme l'a fortement établi J. Godefroy contre Cujas et le président Favre (1), que lorsque l'examen de l'empereur ne porte que sur une question préjudicielle ou une exception moratoire, les plaideurs peuvent encore lui adresser une supplique sur l'affaire principale. Mais si l'affaire principale a été tranchée, les débats sont définitivement clos : *neque ullus querimoniarum locus*. Ici encore, ce sont les rescrits rendus sur relation qui sont visés par cette constitution, et eux seuls. L'expression *cognitionem tollere* marque que l'affaire est enlevée à un premier juge; de plus, seul le rescrit rendu sur relation est le résultat d'une *cognitio*; le rescrit de procédure, au contraire, renvoie la *cognitio* à un juge.

Si donc une sentence remplit ces conditions : d'avoir été rendue par l'empereur, sur le droit, sur le fait et au fond, elle sera vraiment définitive, en ce sens que, dès l'instant même où elle aura été prononcée, elle n'admettra aucune voie de recours, pas même la supplication.

Cette dernière prohibition clôt la série des cas où il est interdit d'adresser des *preces* à l'empereur : affaires déjà entamées, affaires terminées, c'est ainsi qu'on peut les désigner brièvement.

(1) J. Godefroy, *Commentaire sur loi 3 (1-2); 5 h. t.*, Ed. Mommsen et Meyer.

V. — Une fois rédigée, dans les cas où elle est licite, sous les conditions que nous venons de déterminer, la supplique est offerte au prince. De ce moment, la procédure par rescrit est engagée ; aussi, ce premier acte emporte avec lui une conséquence ; il produit l'effet de la *litis contestatio* pour une certaine catégorie d'actions (1). Et celle des conséquences de la *litis contestatio*, qui est particulièrement recherchée ici, est de rendre les actions ainsi intentées transmissibles contre l'héritier de celui qui était attaqué dans la supplique et transmissibles également à l'héritier de celui qui l'a offerte à l'empereur. La constitution d'Honorius vise donc cette catégorie d'actions dont les unes ne se transmettent pas passivement, dont les autres ne se transmettent ni activement ni passivement, et où il faut, par conséquent, que le demandeur ait fait la *litis contestatio* avec le défendeur s'il veut pouvoir obtenir le bénéfice de l'action contre les héritiers de son adversaire, ou, pour certaines actions mêmes, la transmettre à ses héritiers propres : ce sont les actions prétoriennes annales (telles les actions de dol, d'injures, de *calumnia*, etc.) (2). La mesure prise par l'empereur est non pas le déplacement de la *litis contestatio*, mais l'attribution de ses effets à la formalité d'introduction de la procédure.

(1) C. Th., 1-2, *De div. resc.*, 10; Honorius et Arcadius, 396.

(2) J. Godefroy, *Commentaire sur loi 8* (1-2), 10 *h. t.* Éd. Mommsen et Meyer.

Il était nécessaire qu'il en fût ainsi; si la *litis contestatio* avait été laissée à sa place normale, c'est-à-dire postérieure à l'émission du rescrit, il eût été impossible, en fait, d'employer la procédure par rescrit pour les actions annales, à cause des délais ordinairement très longs (1) qu'exigeait la confection de la réponse impériale (2).

C'est l'élaboration de cette réponse que nous allons étudier maintenant, c'est-à-dire l'émission du rescrit.

II. L'émission du rescrit.

La supplique était adressée au prince, et c'est le prince qui devait y répondre (ou, du moins, c'est en son nom qu'il y était répondu). Mais une question se pose aussitôt pour l'époque du iv^e siècle; dans cette période, où l'administration de l'empire est régulièrement divisée entre les Augustes et les Césars, à qui le plaideur doit-il adresser ses *preces*? Tous les empereurs ont-ils le droit d'émettre des rescrits? La question a été tranchée de diverses façons. Huschke (3) la résout par l'affirmative :

(1) C. Th., 11-30, 47, 54.

(2) Notons, en passant, un effet possible de la remise de la supplique au prince : si elle contient la désignation expresse d'un *procurator*, le *procurator*, institué de cette façon, est dispensé, lorsqu'il se présente ensuite comme demandeur, de fournir la *cautio dominum ratam rem habiturum* (D., 46. 8. 21). La désignation du *procurator* dans la supplique produit donc le même effet que la constitution de ce représentant *apud acta*, dont elle n'est qu'une variante. Cf. Eisele, *Cognitio und Procuratur*, p. 168.

(3) Über den Gregorianus und den Hermogenianus Codex, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, VI, p. 296.

les Césars aussi bien que les Augustes répondaient aux suppliques. Il se fonde sur cette idée que Dioclétien a divisé l'empire pour mieux en assurer, et de plus près, la bonne administration ; d'autre part, les Césars ont des pouvoirs aussi grands que ceux des Augustes, et notamment ils ont comme eux la *tribunicia potestas* où se trouve, dit-il, le fondement de la protection des plaideurs contre l'administration inique de la justice. Ils ont le droit de rendre des édits (1) et à plus forte raison des rescrits. Seeck (2) est du même avis pour les rescrits, mais pour eux seulement. Mommsen (3), au contraire, pense, quoiqu'il n'y ait pas de preuves absolument positives, que le pouvoir d'émettre des rescrits n'appartenait pas aux Césars : ils n'avaient pas de consistoire, ils n'avaient, sans doute, pas non plus une Chancellerie analogue à la Chancellerie impériale. Leur position est plutôt celle d'un successeur au trône qui coopère aux affaires du gouvernement que celle d'un souverain, et quoiqu'on leur attribuât un groupe de provinces à administrer, les Augustes ne laissaient pas d'y faire leur séjour, et d'une façon durable, tel Dioclétien résidant à Sirmium, qui appartenait au César

(1) Toute constitution, dit Huschke, où l'on trouve un César désigné nominativement à côté des Augustes a été rendue par le César (avec l'assentiment de ses collègues).

(2) *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, X, p. 178.

(3) *Zeitfolge der Verordnungen Diokletians*, *Gesammte Schriften*, II, p. 265.

Galère. En conséquence, Mommsen, suivi par Krüger (1), attribue aux Augustes seuls le droit de répondre aux suppliques.

Mommsen, pour dénier aux Césars la faculté d'émettre des rescrits, se fonde sur le manque auprès d'eux de bureaux de Chancellerie : c'est dans les bureaux, en effet, que se trouvent les véritables auteurs des réponses, c'est là qu'est effectué le travail de la préparation et de la rédaction. Aussi allons-nous en examiner rapidement l'organisation et le fonctionnement (2).

Au IV^e siècle et aux siècles suivants, les bureaux, *scrinia*, qui travaillent à l'élaboration des rescrits, sont au nombre de trois : *scrinium memoriæ* ou *a memoria*, *scrinium epistularum* ou *ab epistulis*, *scrinium libellorum* ou *a libellis*. Chacun d'eux est dirigé par un *magister* : les *magistri memoriæ*, *epistularum*, *libellorum*. A notre époque, ce sont de hauts fonctionnaires qui ont le rang de *spectabiles*. Au-dessous d'eux s'étagent des employés de différents grades : en premier lieu, les *proximi* ou *in capite constituti*, qui peuvent au besoin remplacer les *magistri*. Comme eux, du reste, ils sont *spectabiles*. Ensuite viennent les *mello-proximi*, et

(1) Krüger, *op. cit.*, p. 311. Cet état de choses n'aurait duré que jusqu'à Valentinien III, de qui nous possédons des édits, émis par lui, lorsqu'il n'était encore que César.

(2) Sur l'organisation des *scrinia*, spécialement, cf. Karlowa, *R. R. G.*, I, 936, suivi par Noailles, *Les collections grecques de Novelles de l'empereur Justinien*, thèse, 1912.

dans le *scrinium memoriæ*, le *laterculensis* (1), puis les *exceptores*; les fonctionnaires de ces deux classes portent le titre de *clarissimi*. Les autres membres des trois *scrinia* sont les *memoriales*, les *epistolares* et les *libellenses*.

Le terme *memoriales* n'est, du reste, pas réservé aux scribes du *scrinium memoriæ*; il sert à désigner les employés des trois *scrinia* (2). Le *scrinium memoriæ* était le plus important, comme le montre une constitution de Léon (3), qui fixe le nombre des membres réguliers à trente-quatre pour le *scrinium libellorum* et le *scrinium epistularum*, et à soixante-deux pour le *scrinium memoriæ*; sur ce nombre, il doit y avoir au moins quatre *antiquarii*, c'est-à-dire des employés versés dans la connaissance et le maniement des documents et des livres de droit ancien. A la tête des *scrinia* se trouvait le *magister officiorum*, très haut fonctionnaire puisqu'il avait rang d'*illustris*.

Tels sont les employés qui *militant in sacris scriniis*. En résumé, rien n'a été changé à l'organisation antérieure; ainsi qu'ils nous sont présentés au Bas-Empire, les bureaux étaient déjà constitués à la fin du II^e siècle.

(1) Le *laterculensis* est à la tête du *laterculum minus*: le *laterculum minus* est une liste de groupes de fonctions qui ne sont pas des premiers rangs: *præposituræ omnes, tribunatus et præfecturæ castrorum*. C'est le *laterculensis* qui remet les diplômes des nominations à ces charges et qui perçoit les droits de taxes dont elles sont affectées.

(2) Nov. 35.

(3) C. J., 12-19, *De prox. sacr. scrin.*, 10.

cle (1). Le seul fait à noter est l'accroissement de leur importance, si l'on en doit juger par ce fait que, au cours du III^e siècle, le secrétaire à la tête de chaque *scrinium* a reçu le nom de *magister*. Mais alors que dans la période du Principat les secrétaires, à raison de leurs fonctions, travaillaient directement avec le prince (2), à notre époque, entre les *magistri* et l'empereur, s'interpose un fonctionnaire nouveau, le *quæstor sacri palatii*.

A quelle date apparut cette fonction nouvelle, et comment, on ne le sait pas exactement; une chose est certaine, c'est qu'elle ne se manifeste qu'au Bas-Empire. Elle n'a de commun que le nom avec l'ancienne question républicaine. D'après le témoignage de Zosime (3), c'est à l'époque de Constantin que le nom serait apparu. L'importance de ce fonctionnaire n'a cessé d'augmenter, sauf, il semble, une éclipse momentanée au début du V^e siècle. Une constitution de Valentinien (4) (372) l'élève au-dessus des proconsuls (qui étaient *spectabiles*) et le nomme avant le *magister officiorum*. Par contre, Honorius (409), dans une constitution (5) qui énumère les différentes dignités, le mentionne après le *magister officiorum*. Et c'est ce que fait également à la

(1) Le secrétaire *a memoria*, le plus récent de beaucoup, est mentionné sous Septime-Sévère. Cuq, *Conseil des empereurs*, p. 398.

(2) Vit. Alex., 31.

(3) Zosime, 5-32.

(4) C. Th., 8-5, *De cursu publ.*, 35.

(5) C. Th., 11-18, *Qui a præbit. tir.*, 1.

même époque la *Notitia Dignitatum*, aussi bien celle de l'Orient que celle de l'Occident, qui très vraisemblablement est basée sur l'ordre des préséances. Mais ce changement ne dure pas, comme le montrent des lois postérieures (1). Le questeur fait partie du second groupe des grandes dignités palatines (2), avec le *magister officiorum*, le *comes sacrarum Largitionum* et le *comes rei privatæ*; il a rang d'*illustris*. La fonction du questeur est d'être l'interprète du souverain (3), d'exprimer la volonté de l'empereur quand il fait acte de législateur ou de jurisconsulte. Entre autres témoignages (4), celui de Symmaque (5) est particulièrement précieux parce qu'il est lui-même un haut fonctionnaire et qu'il s'exprime en termes nets : *Quæstor es, concilii regalis particeps, precum arbiter, legum conditor*. D'autre part, le témoignage de Symmaque concorde exactement avec celui de la *Notitia Dignitatum*, document officiel : *sub dispositione* du questeur sont les *leges dictandæ* et les *preces* (6). Laissons de côté les *leges generales* pour ne nous occuper que des *preces*. Par qui le questeur se

(1) C. Th., 6-26, *De prox.*, 17. De plus, les rubriques des titres, C. Th., 1-8, *De officio quæst.*; 9. *De officio mag. off.*

(2) J. Godefroy, *Commentaire sur loi 1* (6-9).

(3) *Quæsturam... quam nostræ linguæ vocem censemus*. Cassiodore, *Var.* — *Mon. Germ. Hist. Auct. Antiq.*, t. XII, p. 178.

(4) Claudien, *De Fl. Mallii Theod. cons.*, vers 34 et suiv.; Corippus, *Dedic. Laud. Justinian.*, vers 26 et suiv.

(5) Symmaque, *Ep.*, 1-33, *Mon. Germ. Hist. Auct. Antiq.*, t. VI.

(6) *Not. Dignit.*, *Pars. Or.*, XIX, éd. Seock, p. 43, 44; *Pars. Occ.*, XVII, p. 161, 162.

fera-t-il aider dans cette partie de sa tâche ? Il n'a pas d'*officium*, il n'a que des *adjutores* qu'il tire des *scrinia* : *officium non habet, sed adjutores de scriniis, quos voluerit* (1). Sans doute, leur rôle devait-il être principalement de coopérer à la confection des *leges generales* ; en effet, c'est aux *scrinia* qu'incombait le travail de la préparation et de la rédaction des rescrits. Et cela nous explique que sans être leur chef direct, le questeur les avait cependant *sub cura*. La *Notitia Dignitatum* (*Pars. Or.*, XIX) nous dit explicitement :

Magister memoriæ adnotationes omnes dictat et emittit, et precibus respondet.

Magister epistularum legationes civitatum, consultationes et preces tractat.

Magister libellorum cognitiones et preces tractat.

Remarquons que le *magister epistularum* a dans ses attributions les *legationes civitatum*, les demandes et les réclamations que les cités adressent à l'empereur par des envoyés, et les *consultationes*, questions posées au prince par des magistrats sur des points de droit embarrassants. Le *magister libellorum* est chargé des *cognitiones*, c'est-à-dire des affaires portées en première instance ou en appel contradictoirement devant l'empereur.

(1) *Not. Dign. Or.*, p. 34. *Habet subaudientes adjutores memoriales de scriniis diversis* ; *Not. Dig. Occ.*, p. 147. Ces *adjutores* sont au nombre de 26 sous Justinien : 12 du *scrinium memoriæ*, 7 de chaque autre *scrinium* (Nov. 35).

Mais, et c'est là ce qui nous intéresse, les trois *magistri* s'occupent également des *preces*. De plus, les *adnotationes* sont spécialement du ressort du *magister memoriæ*.

La *Notitia Dign. Or.* fait en effet une différence entre les *preces* et les *adnotationes*, et cette différence est accentuée par les termes du passage correspondant de la *Notitia Dign. Occ.* Celle-ci s'exprime ainsi : *Magister memoriæ adnotationes omnes dictat et emittit; respondet tamen et precibus*. Elle établit donc une séparation entre les *preces* et les *adnotationes*.

Cependant nous savons (1) que les *adnotationes* ne sont autre chose que de brèves réponses mises en marge ou au bas d'une supplique par la main de l'empereur, et destinées, pour produire effet, à être expédiées sous la forme de rescrits. Ce nom désigne certainement ici un groupe spécial de *preces* qui ont été soumises à la sentence impériale. L'expression *dictare* signifie que le *magister memoriæ* préparait le projet de réponse, le présentait à l'empereur qui donnait ses ordres, et ensuite le faisait rédiger (2). Le *magister memoriæ*, pour les *adnotationes*, communiquait directement avec l'empereur, sans qu'il y eût intervention du questeur (3). Quant aux *preces* proprement dites, elles sont de la

(1) Cf. *supra*, p. 4. — Karlowa, *R. R. G.*, I, p. 835; Krüger, *op. cit.*, p. 306.

(2) Cuq, *Conseil des empereurs*, p. 399; Böcking, *Ad Not. Dig. occ.* p. 325.

(3) Karlowa, *R. R. G.*, I, p. 835.

compétence des trois *magistri* : le *magister memoriarum respondet precibus*; chacun des deux autres *tractat preces*. Et de plus il est dit, pour elles, que le questeur les a *sub dispositione*. Cela signifie, dit-on (1), que les *magistri* traitent le cas soumis et transmettent ensuite leur travail au questeur, dont la tâche est d'élaborer la réponse pour la soumettre à l'approbation de l'empereur; après quoi, il l'envoie dans les bureaux aux fins d'expédition. Donc, les *adnotationes* vont directement des *scrinia* à l'empereur, les *preces* lui parviendraient seulement par l'intermédiaire du questeur. Si les *preces* exigent l'examen préalable du plus haut fonctionnaire judiciaire, on serait tenté de supposer qu'elles forment la catégorie des suppliques les plus importantes. C'est pourtant le contraire qui est vrai si nous en jugeons par la valeur de la réponse émise à leur sujet : à l'*adnotatio*, dont on parle dans la *Notitia* et qui est là une sentence impériale apposée sur une supplique, correspond ce que les textes appellent par abréviation une *adnotatio*, c'est-à-dire un rescrit rendu *per adnotationem*. Or, les constitutions disent ou laissent entendre que cette forme de rescrits est celle qui régulièrement a la valeur la plus grande : *Et hæc quidem majorem vim regulariter obtinebant* (2). Le rescrit *per adnotationem* s'oppose au *rescriptum simplex* (3), de même que dans la *Notitia*

(1) Karlowa, *ibid.*

(2) J. Godefroy, C. Th., 1-2, *De div. resc.*, Paratitlon.

(3) Nov. Val. XIX; C. Th., 10-10, *De Petition.*, 27. — Cf. *supra*, p. 4.

l'*adnotatio*-sentence impériale s'oppose aux *preces*. Comme l'*adnotatio*-rescrit est le résultat de l'*adnotatio*-sentence, il n'est pas téméraire de penser que le *rescriptum simplex* doit être le résultat des *preces*. Et si le résultat de celles-ci a moins d'importance il semblerait logique de conclure que la cause avait moins d'importance. A notre avis, nous l'avons indiqué, la solution, basée sur les termes de la Novelle Valentinienne XIX, est que les réponses aux *preces* sont rendues par le questeur sans la participation de l'empereur (1). Cela n'est pas infirmé par les termes de la *Notitia*; elle dit simplement que le questeur a *sub dispositione... preces*, sans ajouter *dictandæ*, comme pour les *leges*. Et cela n'a rien d'étonnant si d'une part l'on songe au grand nombre de suppliques qui n'offrent aucune difficulté pour l'application du droit existant (2); d'autre part, si l'on remarque que l'empereur a une tendance à se décharger d'une partie du fardeau écrasant de l'administration de l'empire sur de grands dignitaires très proches : le questeur remplace ici l'empereur dans

(1) Noailles, *Les collections grecques de Nouvelles de l'empereur Justinien*, thèse, 1912, p. 22 : «... que ce fût un usage ou un abus, il semble bien résulter des constitutions citées plus haut qu'il y avait des rescrits en forme, émanant de la Chancellerie sans que l'empereur les ait vus personnellement ».

(2) De nombreux rescrits expriment cette idée par les termes : *certissimi juris est, evidentissimi juris est, sæpe rescriptum est*, etc... C. 2-16 (17), 1-; 2-3, 6; 1-54, 2; 3-32, 7; 5-12, 20; 5-51, 7.

sa fonction de jurisconsulte, tout comme le Préfet du Prétoire le remplace dans sa fonction de juge (1).

La réponse étant ainsi rendue, il fallait l'expédier en forme de rescrit. Cette tâche incombait également aux *scrinia*. Mais ici des opinions divergentes ont été émises entre lesquelles il est malaisé de discerner la vérité; se basant sur la différence des termes dans la *Notitia*, Krüger (2) limite l'office du *magister libellorum* et du *magister epistularum* à un travail de préparation (*trac-tat preces*); ces fonctionnaires seraient, en quelque sorte, uniquement des rapporteurs, tandis que le *magister memoriæ* seul assurerait l'expédition des rescrits (*respondet precibus*). Auparavant, Karlowa soutenait la thèse contraire (3); il ne trouve pas dans les expressions de la *Notitia* une preuve suffisante de cette limitation de compétence pour l'*ab epistolis* et l'*a libellis* (4). Il est d'avis que la *Notitia* veut, par là, marquer la subordination de ces derniers, non vis-à-vis de l'a

(1) Plus tard, le questeur a remplacé l'empereur, avec l'adjonction, il est vrai, de *duo viri magnifici, vel patricii, vel consulares, vel præfectorii*, mais dans un cas bien plus important : pour juger les procès sur relations envoyées à l'empereur par des juges *spectabiles*; la qualité du demandeur était ici singulièrement plus relevée, et de plus contre le jugement il n'y avait aucune voie de recours possible. C. J. 7-62, *De appellat.*, 34 (Justin.)

(2) Krüger, *op. cit.*, p. 118.

(3) Karlowa, *op. cit.*, I, p. 546.

(4) Dans les recueils de constitutions, nous ne trouvons jamais la forme *ad...* dans les réponses adressées aux simples particuliers. Krüger, *op. cit.*, p. 130, note 1.

memoria, mais vis-à-vis du questeur. Et dans cette opinion, la répartition des *preces* entre les bureaux, tant pour la préparation que pour l'expédition des rescrits, se faisait, dès lors, d'après la compétence des *scrinia*.

Le rescrit rédigé dans une forme solennelle portait en tête l'inscription, le nom de l'empereur et le nom du bénéficiaire au datif avec ou sans *salutem*. Il se terminait par la *subscriptio* impériale (*scripsi, rescripsi, vale*) (1). La souscription, tout au moins depuis l'empereur Léon, devait être apposée avec de l'encre pourpre, dont la préparation et l'usage en dehors de la Chancellerie impériale étaient punis de la peine de mort (2). Mais devait-elle émaner uniquement de la main du prince ? La Novelle 114 prescrit au juge de n'accepter un rescrit que s'il porte la *subnotatio* du questeur dans la forme suivante : ... *qua contineatur et inter quos et ad quem judicem vel per quam fuerit directa personam...* Cette constitution s'expliquerait facilement par le fait qu'auparavant les rescrits expédiés par les bureaux étaient également souscrits par eux, ce qui était licite, mais que, contrairement aux règles, ils étaient remis aux intéressés sans être revus par le questeur. Pour

(1) Bruns, *Kleinere Schriften*, II, p. 69. Dans les rescrits du Principat, on trouve également ensuite *recognovi*. Mommsen (*Z. S. S.*, XII, 253) voit dans ce mot la mention que la copie du rescrit insérée dans les *Commentarii* a été collationnée avec l'original. Au Bas Empire, les rescrits ne sont plus une source du droit et il n'en est plus pris copie.

(2) C. J., 1-23, 6.

réagir contre cet usage et assurer le contrôle effectif du questeur, la Novelle punit des peines du faussaire le fonctionnaire qui remettait un rescrit ne portant pas la *subnotatio* exigée, tandis qu'auparavant la remise directe de rescrits n'était punie que d'amende ou de relégation (1).

En tout cas, si l'on continue à admettre l'opinion générale, qui veut que cette *subnotatio* s'ajoute à la *subscriptio* de l'empereur, il faut conclure de là que l'empereur souscrivait tous les rescrits (même ceux à la rédaction desquels il ne participait pas) sans les vérifier : la *subscriptio* impériale n'était qu'une pure formalité n'offrant aucune garantie.

Le corps même du rescrit, quand il était une *adnotatio*, devait également, semble-t-il, d'après la même constitution de Léon, être écrit avec de l'encre pourpre. Le terme *sacri adfatus*, dont l'empereur se sert là, est synonyme d'*adnotatio* d'après J. Godefroy (2). Et l'explication qui suit ce terme convient en effet à cette forme de réponse *...in quacumque parte paginarum scripserit auctoritas*. Peut-être serait-ce là un moyen de les distinguer dans la pratique. Et l'emploi de cette forme solennelle s'accorderait assez bien avec la valeur plus grande accordée à cette catégorie de rescrits.

La langue des rescrits était naturellement le latin.

(1) En ce sens, Noailles, thèse, 1912, p. 23; Nov. Val., XIX.

(2) *C. Th. annoté*, par J. Godefroy, 1-2, *De div. resc.*, Paratitlon.

Cependant le personnel de la Chancellerie comporte un *magister epistularum græcarum*, qui *cas epistulos quæ græce solent emitti, aut ipse dictat, aut Latine dictatas transfert in Græcum* (1). Et sans doute, devait-il y avoir des rescrits destinés à la partie orientale de l'empire qui étaient émis en grec. Mais ce n'était pas une règle absolue, si nous en jugeons par le rescrit de Scaptoparène, qui répond en latin à une supplique rédigée en grec (2). Sous le règne de Justinien, les lois générales elles-mêmes étaient émises en langue grecque, parce que la langue latine n'était pas comprise des sujets orientaux ; à plus forte raison, c'est dans cette langue également que dut être écrite la grande majorité des rescrits (3).

(1) Dès l'époque d'Auguste, il y a un secrétaire *ab epistulis græcis*. — Cuq, *op. cit.*, p. 384.

(2) Girard, *Textes*, 4^e éd., p. 205.

(3) Nov. 7, c. 1. C'est ce que confirment un certain nombre de rescrits, découverts récemment, qui sont de la fin du règne de Justinien (vers 551). — Cf. J. Maspéro, *Cat. Musée Caire*, t. 1, pap. nos 67024, 67025, 67026, 67027. Comme le pap. 67025 reproduit avec quelques différences de détail le pap. 67024, et qu'il en est de même du pap. 67027 à l'égard du pap. 67026, M. Partsch (*loc. cit.*, p. 209) explique ce fait de la façon suivante : il émet l'hypothèse que ces papyrus, qui sont les copies d'un rescrit, représenteraient les divers essais de traductions grecques d'un original en latin. Mais comme le montre M. Cuq (*Revue de philologie*, 1911, p. 358), il est invraisemblable qu'à cette époque Justinien ait employé la langue latine. M. Partsch s'appuie sur le fait que ces copies contiennent des latinismes évidents. Mais ces latinismes étaient passés dans l'usage. La Chancellerie impériale, en émettant des constitutions grecques, y insérait la traduction littérale des termes juridiques latins, sans se préoccuper de leur trouver l'équivalent convenable et les expressions conformes au génie de la langue.

Telles étant les formes sous lesquelles se présentait la réponse impériale, il reste maintenant à déterminer ce qu'elle contenait. En premier lieu, le fond du rescrit était constitué par la règle de droit applicable au cas qui avait été soumis à l'empereur. Elle pouvait n'être pas favorable au suppliant, lui dénier le refus d'agir ou donner raison à son adversaire. Mais si elle admettait la recevabilité de la plainte, comme la supplique n'émanait que d'une seule des parties, l'empereur n'appliquait la règle que sous la condition que les faits eussent été présentés exactement; pour cela, le rescrit reprenait les termes mêmes des *preces*, mais en les mettant sous une forme dubitative et en ayant soin de faire remarquer qu'il les reprenait : *Si, ut proponis; si, ut dicis; si, ut allegas* (1); ou encore *quoniam proponis, cum dicas* (2); ces précautions n'étaient que l'expression de cette pensée, franchement exprimée par d'autres rescrits : *Si vera sunt quæ precibus complexus es* (3). Donc, le rescrit dit le droit, mais il reste à trancher la question de fait : le plaideur, pour obtenir l'application du rescrit, devra faire devant un juge la preuve de la vérité de ses allégations. C'est ce que les termes de certains rescrits disent nettement : *Si allegationibus tuis fidem adesse pers-*

(1) C. J., 2-18, *De neg. gest.*, 6; 9-45, *Ad sc. Turpill.*; 3-29, *De inoff. don.*, 1.

(2) C. J., 2-4, *De transact.*, 28; 2-12, *De procurator.*, 2.

(3) C. J., 2-4, *De transact.*, 13.

pexerit (rector provinciæ) (1), ou font entendre : Si probare poteris, si probaveris, si apparuerit (2).

En conséquence, outre la règle de droit, le rescrit contient en second lieu la désignation d'un juge. Dans la forme, elle est faite de façons très variées. Quant au choix même du magistrat qui tranchera l'affaire, l'empereur normalement renvoie au juge ordinaire : tantôt il désigne explicitement le gouverneur de la province : *aditus præses provinciæ causa cognita providebit (3)*, — *adito præside provinciæ poteris postulare*, — en ajoutant parfois l'épithète qui convient à son rang : *Si præsidem provinciæ virum clarissimum adieritis (4)*; tantôt il adresse simplement le plaideur au juge compétent : *Potes tu competentem judicem adire, apud eum cui de ea re jurisdictio est (5)*; parfois la formule dont il se sert est très brève : *Competenter conveni; petere potes (6)*; ce sera le plus souvent le juge ordinaire; ce pourrait être aussi un autre fonctionnaire, un *Rationalis* en matière fiscale. Mais si, pour quelque raison (7), il lui en est fait la demande et qu'il le juge à propos, il peut également

(1) C. J., 10-51, *Qui morbo*, 3.

(2) C. J., 7-52, *De re judic.*, 1 ; 6-42, *De fideicom.*, 1 ; 7-8, *De serv. pig dat.*, 1.

(3) C. J., 2-42, *Si minor. se major.*, 3 ; 2-19, *De his quæ vi*, 3.

(4) C. J., 5-37, *In quib. causis tut.*, 1.

(5) C. J., 5-31, *Qui pet. tut.*, 1 ; 2-42, *Si minor. se major.*, 1.

(6) C. J., 5-39, *Quando ex fact. tut.*, 4 ; 6-49, *Ad sc. Trebell.*, 1.

(7) Crainte d'un puissant : C. Th., 1-15, *De off. vicarii*, 1 ; crainte du juge : Amm. Marcellin, 27-7.

renvoyer l'affaire devant un juge extraordinaire : *Præfectus Urbi, amicus noster, faciet facultatem*; *V. C. Proconsul Provinciæ Africæ, amicus noster* (1). Mais ici la liberté du suppliant n'était pas entière ; les constitutions impériales avaient apporté des limitations au droit de réclamer le jugement d'un commissaire extraordinaire.

Il était interdit de demander le jugement de l'empereur (et par conséquent d'un juge extraordinaire à qui, le plus souvent, l'empereur renvoyait l'affaire à juger) quand on plaidait *contra pupillos, viduas, vel morbo fatigatos aut debiles* (2), personnes dont les procès doivent être tranchés dans la province où elles résident. Cette exception se justifie par une raison d'humanité. L'empereur ne veut pas qu'on les effraie par la perspective de longs et pénibles voyages. Il est d'autres exceptions encore : elles se présentent comme des privilèges, attachées à la personne en raison ou en récompense des fonctions exercées, ou comme des incapacités. Les *navicularii* ne doivent pas être appelés *ne ex rescripto quidem nostro ad extraordinarium iudicium* (3). Les *apparitores* de l'*officium*, du *magister militum per Orientem*, pour qui le juge compétent est le *magister*

(1) C. J., 4-56, *Si mancip. ita*, 1; C. Herm. Tit. II, *ex delictis def.*, 1. Le juge extraordinaire pourrait être un *Rationalis*, 11-30, *De appellat.*, 18, ou un fonctionnaire militaire : C. Th., 2-1, *De jurisdictione*, 9.

(2) C. Th., 1-22, *De off. jud. omn.*, 2.

(3) C. Th., 13-5, *De naviculariis*, 7.

militum lui-même, ne peuvent non plus *ad aliud iudicium trahi ex auctoritate sacrorum rescriptorum* (1). De même, les *sacerdotes* et les *curiales* ne peuvent être contraints de franchir les limites de leur cité (2). Une dernière exception, enfin, s'explique par le souci de la bonne administration de la justice : il est interdit de demander qu'une cause soit scindée, alors qu'elle peut être terminée dans une seule *Cognitio* par le même juge ; tout plaideur qui demande par un rescrit deux juges pour une même affaire (l'un d'eux sera donc un juge extraordinaire), l'un qui tranchera la question de la possession, l'autre qui tranchera la question de la propriété, est puni d'une amende au profit de la cité sur le territoire de laquelle est situé l'immeuble litigieux, et aux magistrats de laquelle il ne voulait soumettre son affaire que partiellement (3).

Le rescrit, libellé ainsi que nous l'avons exposé et revêtu des formes destinées à garantir son authenticité, est remis au suppliant ; s'il contient une fin de non-recevoir, c'est l'avortement de la procédure ; mais si la réponse impériale est favorable, elle constitue désormais entre ses mains l'instrument qui lui permettra d'obtenir satisfaction : nous allons examiner de quelle façon il va la mettre en œuvre pour parvenir à ses fins.

(1) C. Th., 1-7, *De off. mag. mil.*, 4.

(2) C. Th., 12-1, *De decurion.*, 60.

(3) C. Th., 2-18, *De iudiciis*, 3.

III. Le procès.

I. — Par hypothèse, le suppliant est en possession de la réponse impériale; il y a, à ce moment, un danger à éviter : c'est que, malgré les termes dans lesquels elle est conçue, malgré le renvoi à un juge désigné, il ne prenne cette réponse pour un ordre ferme, et, *sub specie judicati*, ne prétende en assurer directement l'exécution. Il n'existe pas, pour les iv^e et v^e siècles, d'interdiction générale de s'en servir à cet effet, mais il existe une décision de détail importante. Elle frappe sévèrement, dans un cas déterminé, celui qui aura laissé de côté la procédure pour se faire justice lui-même : quiconque aura troublé la possession paisible d'autrui en le menaçant directement du rescrit, en sera puni par la perte définitive de son droit. Il s'agit d'un propriétaire qui a dû être chassé de sa terre, violemment, par un puissant — incident fréquent à cette époque (2) — et qui, n'osant pas s'adresser à un juge ordinaire, avait eu recours à l'empereur (3). Même dans ce cas, où il faut cependant que l'affaire marche rapidement (4), le propriétaire dépouillé ne serait pas excusable de ne pas observer les règles de la procédure; *a fortiori* faut-il les observer dans les procès ordinaires. Le sup-

(1) C. Th., 4-22, *Unde vi*, 2.

(2) C. Th., 4-22, 5; 2-4, *De denunt. vel edit. resc.*, 5.

(3) J. Godefroy, *Commentaire sur la loi 2* (C. Th., 4-22).

(4) Cf. *infra*, p. 72, n. 3.

pliant est donc toujours obligé de recourir à la voie légale.

II. — Mais une fois muni de son rescrit, il peut arriver qu'il ne s'en serve pas sur-le-champ. Dès lors, diverses questions ont été posées : d'abord combien de temps le rescrit garde-t-il sa valeur ? On affirmait à l'origine, paraît-il, qu'un rescrit n'était valable que pendant une année ; sous le Principat, Alexandre Sévère s'était élevé contre cette opinion et avait attribué à la réponse impériale une valeur durable (c'est du moins ainsi que Justinien présente les faits) (1). Pour notre époque, au v^e siècle, Honorius déclare formellement (412) que le rescrit obtenu n'est pas soumis à un délai pour son exercice : *nec excludi temporibus* (2). A cette date, il est donc perpétuel. Il en est ainsi jusqu'en 424, où la célèbre constitution de Théodose II et Valentinien III établit la prescription trentenaire pour les actions perpétuelles ; et, par une conséquence indiquée au texte, le rescrit dont on n'a pas usé (c'est-à-dire qui n'a pas été notifié à l'adversaire avec les formalités légales) cessera également de pouvoir être employé, s'il s'est écoulé trente ans à compter du jour de l'ouverture du droit (3).

En second lieu, quelle solution donner quand le plai-

(1) C. J., 1-23, *De div. resc.*, 2.

(2) C. Th., 1-2, *De div. resc.*, 12.

(3) C. Th., 4-14, *De act. cert. temp. fin.*, 1-1.

gnant mourait en possession du rescrit mais sans l'avoir utilisé ? La réponse de l'empereur à une personne déterminée peut-elle être employée par les héritiers qui la trouvent dans la succession ? C'est par l'affirmative que répond Constantin : il accorde aux héritiers le droit « d'alléguer » les rescrits (on verra que cette formalité est la première de la procédure proprement dite) adressés au défunt (1). Cela est logique, si l'on remarque que le rescrit judiciaire n'est jamais qu'une application du droit (2) et n'est donc pas rendu comme une faveur en considération d'une personne déterminée. Cent ans plus tard, la constitution d'Honorius, citée plus haut, dit qu'il est hors de doute que les rescrits peuvent être allégués par les héritiers, et que la mort de l'impétrant ne les frappe pas de nullité : *nec aboleri casibus*.

III. — Dès lors, quand il se décide à s'en servir, comment le plaignant — ou son héritier — va-t-il faire connaître à l'adversaire qu'il a obtenu un rescrit auquel celui-ci devra obéir s'il n'en conteste pas les éléments ? Le procédé est indiqué par la rubrique du titre II (Code Théodosien, livre II) : *De denuntiatione vel editione rescripti*, qui assimile l'*editio rescripti* à la *denuntiatio litis*. Or, la *denuntiatio* est dans la procédure normale de cette époque la formalité introductive d'instance : le procès est dénoncé à la partie adverse, qui est invitée à

(1) C. Th., 1-2, 4 (319).

(2) *Contra jus rescripta non valeant* (C. Th., 1-2, 2).

se présenter en justice dans les délais légaux (1). Dans la procédure par rescrit, pour arriver au même but, le rescrit doit être *editum*, c'est-à-dire intimé (2), porté à la connaissance de l'adversaire (3). La *litis denuntiatio*, notification du procès à la partie adverse, doit être précédée de la dénonciation devant un magistrat ayant le *jus acta conficiendi*. De même, l'*editio rescripti* comprend et la notification du rescrit à la partie adverse, et une formalité qui la précède nécessairement, mais qui peut, suivant les règles qu'il faut essayer de déterminer, se présenter de deux façons différentes :

A. — Deux constitutions, incidemment, retracent la marche de la procédure et les phases de l'*editio rescripti* : la plus ancienne est de Gratien, Valentinien et Théodose (381) ; la seconde est la loi de Théodose II et Valentinien III sur la prescription trentenaire (424) (4).

De la première, il ressort que le rescrit doit être d'abord *vulgatum*, et ensuite *solemniter intimatum* (5). La seconde dit que le rescrit doit être *allegatum* ; après quoi vient la *conventio* (6). Il n'est pas douteux que ces

(1) Steinwenter, *Studien zum römischen Versäumnisverfahren*, p. 110 et suiv. ; Bethmann-Hollweg, *Zivilprozess*, III, p. 235, 236.

(2) J. Godefroy, C. Th., 2-4, *De denunt. vel ed. resc.*, Paratitlon.

(3) *Edere* a le sens de *exhibere*. Dirksen, *Manuale latinitatis fontium juris civilis Romanorum*.

(4) C. Th., 2-4, 2.

(5) C. Th., 4-22, *Unde vi*, 2 : *Quisquis neque vulgato Rescripto, neque adversario solemniter intimato, possessorem quietum, dominio suo, hujusmodi terrore turbaverit...*

(6) C. Th., 4-14, *De act. cert. temp. fin.*, 1, 1 : *Nec sufficiat, Precibus*

expressions soient respectivement synonymes : *allegare* et *vulgare* — *rescriptum adversario intimatum* et *conventio*. Pour les deux premières, le terme *allegare* est celui qu'on rencontre le plus fréquemment. On trouve sur certains rescrits, à la suite de la date d'émission, la mention qu'il a été *allegatum* et le lieu où il l'a été : *Allegat. non Kal. April in Basilica Thermarum Commodianarum*; — *Allegat. IIII. Kal. Mai. Flavia Fanestri in Secretario* (1). Il ne peut être question des allégations contradictoires émises pendant les débats, puisque la citation du défendeur ne vient qu'ensuite. *Allegare* signifie donc ici *publicare apud acta* (2). C'est en ce sens que le mot est employé au Code Théodosien au titre de *Donationibus* (3). L'insinuation *apud acta* était à cette époque requise pour toutes les donations : pour en exprimer la nécessité, la loi dit, par exemple, qu'il faut : *donationum instrumenta apud acta allegare*; et, plus loin : *apud judicem allegare* (4).

Dans une autre constitution, qui traite du même sujet, l'expression employée comme équivalente est : *apud acta publicare*; équivalence rendue évidente par

oblatis, speciale quoddam, licet per adnotationem, meruisse responsum, vel etiam judiciis allegasse, nisi allegato sacro Rescripto, aut in iudicio postulatione deposita, fuerit subsecuta conventio.

(1) *Consultatio Vet. Juriscons.*, IX, 2 et 4.

(2) Dirksen, *Manuale*.

(3) C. Th., 8-3, *De donationibus*.

(4) C. Th., *h. t.*, 3.

le fait que, un peu plus loin, la loi faisant allusion à la formalité citée en premier lieu dit : *donationes allegatæ* (1). C'est de cette façon également que J. Godefroy, dans son *Commentaire sur la loi 1* (4-14), entend cette expression : pour expliquer *allegato sacro rescripto*, il dit qu'une réponse impériale a été insinuée au juge. Le terme *allegare* est donc synonyme de *apud acta publicare, insinuare* ; ce dernier mot, peu employé dans le Code Théodosien, est plus fréquent, au contraire, dans le Code Justinien. — D'autre part, le terme *vulgare*, employé par la constitution 2 (C. Th., 4-22), a pour sens : *publici juris facere* (2) ; s'appliquant à un rescrit, au début de l'instance, il apparaît comme le synonyme du mot *allegare*. Par des expressions différentes, les deux lois désignent bien le même acte, qui est l'insinuation *apud acta*. — Pour la faire, le plaignant devait produire l'original du rescrit (3).

Pour parachever l'*editio rescripti*, l'insinuation est suivie d'une formalité, désignée, elle aussi, de façon différente dans les deux lois. En disant que le rescrit est *solemniter intimatum*, la loi 2 (4-22) considère le procédé ; en disant qu'à l'insinuation succède la *conventio*, la citation du défendeur à comparaitre, la loi 1 (4-14) s'attache au but de l'acte. Il y a cependant

(1) C. Th., *h. t.*, 8.

(2) Dirksen, *Manuale*.

(3) C. J., 1-23, *De div. resc.*, 3.

équivalence entre les deux formules ; *intimare* est synonyme de *denuntiare* (1), et J. Godefroy assimile les expressions *edere rescriptum* et *intimare rescriptum* (2) ; or, la *conventio* est le dernier terme de l'*editio rescripti*. Du silence des textes en cette matière, opposé à leur façon de parler au sujet de l'insinuation, il ressort que c'est seulement une copie du rescrit qui était remise au défendeur.

En résumé, la première façon d'engager l'instance dans la procédure par rescrit est symétrique à la *litis denuntiatio* dans la procédure normale.

B. — A côté d'elle, la loi 1 (4-14) présente un autre procédé qui remplace l'insinuation et qui sera suivi également de la *conventio* ; c'est la *postulatio in judicio deposita*. D'autre part, dans sa deuxième partie, la constitution 2 (4-22) punit celui qui veut se faire justice lui-même, et qui, pour cette raison, ou bien n'a ni insinué, ni intimé le rescrit, — ou bien a supprimé l'*Interlocutio judicis* (3). Il y a donc des cas où le plaignant muni de la réponse impériale doit adresser une demande au juge, des cas où le juge rend un jugement interlocutoire.

La *postulatio* n'est pas un acte qui intervient au cours

(1) Dirksen, *Manuale*.

(2) J. Godefroy, ad. C. Th., 2-4 (Paratitlon).

(3) C. Th., 4-22, 2 : *Quæ non minus etiam eum tenebit conditio, qui judicis interlocutione suppressa, sub specie judiciali, jus alienum improba temeritate pervasit.*

des débats, puisque la citation du défendeur ne vient qu'après elle. Le terme est vague. Qu'est-ce, en réalité, que cette demande? Un papyrus de Berlin aide à en donner l'explication. Il a été publié par M. Mitteis (1). Mais celui-ci n'a pas discerné la nature de l'acte qui y était contenu. Le commentaire en a été repris par M. Collinet, qui l'a éclairé d'un jour nouveau et en a mis en lumière le véritable caractère (2). M. Collinet a démontré que cet acte met en présence de la procédure par rescrit et qu'il est, en somme, un permis de citer. En effet, le juge, qui est un comte du sacré consistoire, donc un commissaire extraordinaire, rend une sentence interlocutoire; il y prononce que, par l'intermédiaire de l'*officium*, le défendeur sera sommé de donner satisfaction au demandeur, ou s'il s'y refuse, sera amené en justice pour recevoir les prétentions du demandeur et les combattre (lin. 11-13) (3). Mais la

(1) P. Berol., gr. Inv. n° 2745, édité par L. Mitteis sous le titre : *Griechisches Prozessprotokoll etwa a. d. 5 ten Jhd. p. C.*, dans la brochure intitulée : *Die juristische Fakultät der Universität Leipzig verkündigt die Feier des Andenkens an Dr. Bernh. Fried. Rud. Lahn...*, Leipzig (1912), p. 3-11.

(2) P. Collinet, *Le P. Berol., gr. Inv. n° 2745 et la procédure par rescrit au V^e siècle*, article qui paraîtra prochainement dans la *Revue Égyptologique de 1920*, et dont M. Collinet a bien voulu nous communiquer le texte.

(3) Ἡ πάξις συνελάσει τὸν παρὰ σοῦ καταμεμφθ'έντα ἀποστῆναι τως (1. τῶν) οὐ δικαίως αὐτῷ προσηκόντων καὶ ἀποδοῦναι τῷ (3^o maino) παραδοθὲν αὐτῷ οἴκημα ὡς ἔφησας · εἰ δὲ ἀντιρρήσει χρήσεται, παράξει τοῦτον παρὰ τὸ δικαστήριον τὰς ὑμετέρας ἐναγωγὰς [ὅ]ποδε-χόμενον. « Le bureau invitera celui que tu accuses (le défendeur) à

sentence a été précédée de l'exposé de l'affaire (Διήγησις, *narratio*) et c'est sur les conclusions de l'avocat qu'elle a été rendue (lin. 9-11) (1).

Ces conclusions de l'avocat, comme le prouve M. Collinet, ne sont autre que la *postulatio in iudicio deposita* de la loi 1 (4-14). C'est, pour reprendre ses expressions mêmes, « la requête orale présentée par l'avocat du demandeur au juge commis par le rescrit impérial aux fins d'assignation ». Les phases de la procédure qui se déroulent dans le papyrus concordent avec la description qui en est donnée dans le Code Théodosien; la requête de l'avocat est la *postulatio in iudicio deposita* (4-14, 1), la sentence du juge est l'*interlocutio* (4-22, 2). Enfin le papyrus contient, *in fine*, le contrat passé entre le demandeur et un *principalis*, un des chefs de l'*officium*, accompagné de l'évaluation du litige; c'est le choix du messenger qui va signifier le jugement et, par là, faire la citation, la *conventio* de la loi 1 (4-14) (2).

déguerpir des (biens) occupés par lui injustement et à rendre la maison parvenue à lui (le demandeur) comme tu l'as dit; si le défendeur recourt à une contradiction, le bureau l'amènera pour recevoir devant le demandeur vos prétentions ».

(1) Προσταζάτω τὸ ὑμέτερον μέγεθος ἐν νομῇ ἡμᾶς γενέσθαι τῆς εἰρημένης οἰκείας, τῆς δεσποτίας καθάπαζ ἡμετέρας τυγχανούσης κατὰ τὸν προκείμενον τῆς διηγήσεως τρόπον. « Que votre Grandeur ordonne que nous soyons en possession de ladite maison, la propriété se trouvant être tout à fait nôtre d'après la teneur antérieure du récit (de l'affaire). »

(2) Συριανὸς ἀπὸ πριγκ(ιπαλίων) εἰς «ς» χρυ(σοῦ) λί(τρας) πέντη (1. πέντε). « Syrianos des *principales* pour cinq livres d'or ».

Le procès est évalué en vue de la fixation du montant des *sportules* qui seront dues au messenger (*exsecutor, exactor, portitor, admonitor*) (1).

En résumé, si l'on coordonne les indications fragmentaires données incidemment par le Code Théodosien et qu'on les compare avec le P. Berol. le second procédé pour engager l'instance se présente comme il suit : D'abord la *postulatio in judicio deposita*, puis l'*interlocutio judicis*, et finalement la *conventio*. La loi 1 (4-14) ne parle que de la *postulatio* sans ajouter qu'elle est suivie d'une *interlocutio*; la loi 2 (4-22) mentionne l'*interlocutio*, mais ne dit pas qu'elle est précédée d'une *postulatio*, parce que, ainsi que le fait remarquer M. Collinet, le législateur, dans les lois qu'il édicte, peut, lorsqu'il parle des institutions existantes, « procéder par allusions en passant sous silence bien des choses que les contemporains savent »; il est inutile qu'il les décrive en détail.

IV. — Ceci établi, il faut désormais se demander devant quel magistrat le plaignant introduira l'instance, soit par l'insinuation du rescrit, soit par la *postulatio in judicio deposita*.

La législation de l'époque théodosienne ne donne pas de réponse à cette question. Mais peut-être le Code Justinien apportera-t-il sur elle quelques éclaircissements. Tandis que la constitution 1 (4-14) est repro-

(1) C. Th., 8-8, *De executor. et exactionib.*, 4 et 7.

duite à ce Code avec une addition (1) qui n'en change ni le sens ni la portée, la constitution 2 (4-22) a été plus modifiée (2); Justinien a voulu la mettre d'accord avec le droit de son époque, et il a considéré l'*Interlocutio judicis*, dont il était question dans cette loi, comme le permis de citer, acte généralisé dans la procédure par libelle, mais qui était étranger à la procédure engagée par *litis denuntiatio*. Cependant la reproduction intégrale de la première loi, la plus explicite, prouve que la procédure par rescrit sous Justinien gardait les formes d'introduction de l'instance de l'époque précédente. Ne peut-on pas induire de là que les renseignements complémentaires sur cette phase du procès, transmis par la compilation, valent, dans une certaine mesure, pour l'époque précédente?

Or une constitution, qui traite des devoirs de l'*exsecutor* chargé de l'*exsecutio* d'une *divina jussio*, ordonne de prendre des mesures de précaution contre l'*exsecutor*, si le rescrit remis par lui au magistrat paraît suspect, ou s'il a cherché à éviter le contrôle du magistrat (3). Cet ordre s'adresse au « gouverneur à qui le rescrit est

(1) C. J., 7-39, *De præscript. XXX vel XL annorum* : ... fuerit subsecuta [per exsecutorem] conventio.

(2) C. J., 8-4, *Unde vi*, 6.

(3) C. J., 12-60 (61), *De execut. et exact.*, 7-3 : ὁ δὲ ἄρχων, εἰ πρὸς αὐτὸν ἡ κέλευσις γέγονεν, ἢ καὶ τις ἕτερος ἴσως πρὸς τινὰ ἕτερον ἐγένετο, ὑπὸ ἀσφάλειαν ὀφείλει ποιῆσαι τὸν ἐχθιστάτην τὴν ἐγγωροῦσαν. *Præses vero ad quem jussio directa erit, aut similiter alius quis ad quem directa erit, ad idoneam cautionem adigere debet.*

renvoyé » ou semblablement à « tout autre à qui le rescrit est renvoyé ». Si les mesures de précaution doivent être prises par le juge ordinaire ou par le commissaire extraordinaire, c'est que l'enquête doit être faite par l'un ou par l'autre ; cette dernière supposition reçoit confirmation du fait qu'un châtement frappe le gouverneur (ou son *officium*), ou celui à qui le rescrit est renvoyé, s'ils n'ont pas fait l'enquête prescrite (par négligence ou par complicité) (1). Pour qu'ils fassent l'enquête, il faut évidemment que le rescrit leur soit soumis. Dans quels cas le plaignant devra-t-il s'adresser à l'un plutôt qu'à l'autre, le § 3 l'établit : les mesures de précaution doivent être prises par le « gouverneur à qui le rescrit a été renvoyé » ou semblablement par « tout autre à qui le rescrit a été renvoyé ». Avant tout, donc, il faut voir à quel magistrat le rescrit renvoie ; c'est devant celui-là que le demandeur devra engager la procédure. Normalement, ce sera le gouverneur, juge ordinaire ; parfois, ce sera, pour employer les termes mêmes de la constitution, « quelque autre », c'est-à-dire un commissaire extraordinaire. En résumé, l'introduction de l'instance se fera devant le magistrat à qui la compétence est attribuée par le rescrit.

(1) *H. l.*, 7, 5 : Εἰ δὲ βαθυμήσῃ τούτου ἢ ὁ ἄρχων ἢ ἡ τάξις αὐτοῦ ἢ πρὸς ὃν τὸ γράμμα γέγονεν, οἴχοθεν τῷ ὑπομνησθέντι ποιήσῃ τὸ ἀζήμιον καὶ ἐν ὧσιν ἄρχῃ καὶ μετὰ τὸ παύσασθαι τῆς ἀρχῆς. *Quod si neglexerit vel præsēs, vel officium ejus vel is ad quem jussio directa erit, de suo indemnitate convento præstabit tam durante quam deposito magistratu.*

V. — Mais l'introduction de l'instance s'opérera t-elle indifféremment par l'*allegatio rescripti* ou par la *postulatio in judicio deposita*? ou l'un de ces procédés devra-t-il être employé parfois à l'exclusion de l'autre? Ni le Code Théodosien, ni le Code Justinien ne donnent d'indication à ce sujet.

Pour le premier point, on remarquera que les modes d'introduction de l'instance, équivalents dans leurs résultats, ne sont pas également simples. L'allégation du rescrit, qui n'est qu'une insinuation *apud acta*, est beaucoup moins compliquée que la *postulatio in judicio deposita* : celle-ci exige que l'affaire soit exposée par un avocat, et que des conclusions soient prises par lui, puis qu'une sentence interlocutoire soit rendue qui autorise la citation; d'après cela, peut-on croire, elle ne sera employée par le demandeur que lorsque la nécessité l'imposera. Pour la détermination des cas où la *postulatio* devra être employée de préférence à l'*allegatio rescripti*, il faut essayer, faute de renseignements positifs, de faire la lumière en recherchant les raisons qui motivaient l'emploi de ces formalités.

Lorsque l'introduction de l'instance se fait par l'*editio rescripti* précédée de l'allégation, les formalités sont en tout point semblables à celles de la *litis denuntiatio*. Dans les deux cas, le plaignant annonce au magistrat son intention d'entamer le litige. Les motifs pour lesquels la loi exige qu'avant tout le magistrat soit informé, sont identiques dans les deux procédures; l'*editio*

rescripti et la *denuntiatio* font courir les délais au cours desquels la *litis contestatio* devra être faite ; il importe donc de pouvoir en fixer le point de départ d'une façon sûre par le témoignage irrécusable des *acta* (1). Quand le procès est intenté par *litis denuntiatio*, on passe tout de suite à la citation. Au contraire, quand c'est un rescrit qui est *allegatum*, le magistrat le soumet à une vérification. A la vérité, la règle n'est posée expressément que par le Code Justinien (2), mais si le Code Théodosien ne parle pas explicitement de cet examen, il en suppose l'existence. Constantin décrète que les rescrits contraires au droit sont sans valeur (3), plusieurs constitutions, incidemment, rappellent ce principe (4). En conséquence, il faut admettre que, déjà à cette époque, le juge examinait préalablement la réponse impériale, ce que confirme l'obligation imposée au plaignant de produire l'original du rescrit pour faire l'insinuation *apud acta* (5). Du, reste l'enquête supplémentaire, dont les lois parlent en termes généraux, s'applique à tous les rescrits, de quelque façon que le plaignant s'en serve, par *allegatio* ou par *postulatio*. —

(1) C. Th., 2-4, *De den. vel ed. resc.*, 2 : ...*ne privata testatio mortuorum aut in diversis terris absentium aut eorum, qui nusquam gentium sint, scripta nominibus, falsam fidem rebus non gestis adfingat.*

(2) C. J., 12-60-(61), 7.

(3) C. Th., 1-2, 2.

(4) C. Th., 1-2, 3 ; 2-4, 4.

(5) C. J., 1-23, *De div. resc.*, 3.

Dans la procédure par *litis denuntiatio*, cette enquête n'existe pas, parce qu'elle est sans objet. — Elle trouve sa raison d'être dans le fait que la présentation du rescrit n'a pas pour seule conséquence d'annoncer qu'un procès va être intenté, comme c'est le cas pour la *litis denuntiatio*. Le rescrit contient également l'indication de la règle de droit qui sera appliquée au procès; cette règle de droit ne diffère pas de la sentence qu'un juge prononcerait sur l'affaire, puisque l'une et l'autre doivent se conformer au droit existant. Mais comme le rescrit émane de l'autorité la plus haute, il entraîne pour le juge l'obligation d'en faire l'application, et pour le défendeur il apporte des restrictions à la faculté de faire appel du jugement. La gravité de ces conséquences, seule, rend nécessaire l'examen du juge; il vérifie la légalité du rescrit, et par là il s'assure que la réponse est authentique et n'a pas été obtenue *per subreptionem*.

Vient ensuite la citation du défendeur à comparaître, qui, dans les deux procédures, est faite par l'intéressé lui-même, au moyen d'un agent dont il s'assure le concours. Des formalités identiques, sous des noms différents, ne peuvent aboutir qu'au même résultat; la *denuntiatio* amène le défendeur devant le juge ordinaire, tel doit être également l'effet de la *conventio* qui suit l'allégation du rescrit. Il est naturel d'employer, pour arriver à ce résultat, les formes les plus simples. Le demandeur aurait pu, même sans le secours du res-

crit, amener son adversaire devant ce magistrat; il n'aurait pas eu besoin de l'autorisation de ce dernier, il n'aurait fait qu'user de son droit; le fait d'être muni d'une réponse impériale, qui vient à son aide, ne peut avoir l'effet paradoxal de l'en dépouiller.

Quand la procédure par rescrit s'engage par une *postulatio in judicio deposita*, le juge prononce une sentence ; il ordonne au défendeur de satisfaire le plaignant ou de venir contester ses prétentions devant lui (2). Si le plaignant dépose une demande en justice pour obtenir un jugement qui lui permette de citer le défendeur à comparaitre, c'est qu'il n'a pas le droit de procéder autrement (3). Or, il peut, en faisant simplement l'insinuation du rescrit, citer son adversaire devant le juge ordinaire. S'il emploie la *postulatio*, c'est qu'il ne l'appelle pas devant le juge ordinaire, c'est que le juge compétent est, en ce cas, un commissaire extraordinaire. — Mais quelle est la raison pour laquelle la *postulatio* serait nécessaire quand le rescrit renvoie les parties devant un juge extraordinaire? Il faut se rappeler que le suppliant ne peut se faire justice lui-même, il faut qu'il demande l'exécution du rescrit au magistrat désigné. Quand ce magistrat est le juge ordinaire, l'exécution consiste uniquement dans l'application de la règle

(1) P. Berol., gr. Inv. n° 2745 l.

(2) Cf. *supra*, p. 62, n. 3.

(3) Cf. *supra*, p. 67.

de droit dictée par l'empereur; pour forcer l'adversaire à venir la combattre en justice, des moyens calqués sur les procédés ordinaires suffisent. Mais quand le rescrit contient, en outre, la désignation d'un commissaire extraordinaire, le bénéfice accordé au suppliant est double et l'exécution du rescrit comprend deux chefs : l'attribution exceptionnelle de compétence au juge extraordinaire et l'application de la règle. L'exécution de la première mesure se fera au moyen d'un jugement pris sur les conclusions du demandeur; le juge, ayant reconnu sa compétence, notifie officiellement au défendeur qu'il est soustrait à la juridiction de son juge naturel et appelé devant un autre tribunal s'il veut contester les prétentions du demandeur qui réclame l'exécution de la seconde partie du rescrit.

Telles sont les raisons pour lesquelles, malgré le silence des textes, nous croyons que les deux formes d'introduction de l'instance dans la procédure par rescrit correspondaient aux deux genres de compétence possible, le mode le plus simple servant pour les cas ordinaires, le mode le plus compliqué servant dans les cas exceptionnels.

VI. — De quelque façon qu'elle se fasse la citation du défendeur détermine un effet particulier : à partir de 424 (1), elle interrompt la prescription des actions qui, jusqu'à cette époque, étaient perpétuelles et qui,

(1) G. Th., 4-14, 1, 1.

désormais, furent perdues par le non-exercice pendant trente ans à compter de la naissance du droit; avant comme après cette date, elle ouvre le délai départi par la loi pour faire la *litis contestatio* par laquelle le procès commence (1). La procédure par rescrit suit ici les règles du droit commun qui sont posées nettement dans la loi 5: *Universa quidem negotia, quæ ex rescriptorum auctoritate sortiuntur exordium, ad cursum temporum pertinere decretum est* (2). Les délais accordés par la loi sont de quatre mois. Le droit commun, en cette matière, s'applique à la procédure par rescrit jusque dans les exceptions qu'il apporte au *cursus temporum*. Un certain nombre de causes sont dispensées d'observer les délais; la raison, en général, ressort de la nature même du procès: ou bien il exige une information rapide, ou bien il ne présente pas assez d'importance pour qu'il soit besoin de réunir un grand nombre de témoins ou de preuves. En outre, par faveur, les causes ecclésiastiques, quelle que soit la nature de l'action ou l'importance de son objet, sont également soustraites à l'application de la règle commune (3). Toutes ces exceptions reparaissent dans la procédure par rescrit. Cela découle, en premier lieu, du principe général posé

(1) C. Th., 2-4, 4: *Post celebratam denuntiationem... editione rescripti..., lis exordium auspicatur.*

(2) C. Th., 2-6, *De temp. cursu*, 5.

(3) Énumération des causes, C. Th., 2-4, *De den. vel ed. resc.*, 3, 6, 7; 2-15, *De dolo malo*, 1; 1-10, *De off. com. sac. larg.*, 3.

plus haut : si l'on doit observer le *cursus temporum*, il faut en appliquer les règles et en respecter les exceptions; en second lieu, de la solution de détail donnée pour le cas — qui rentre dans la série des causes sommaires — où le plaignant a été dépouillé de la possession par la violence : on ne doit point alors garder les délais *quæ ex rescriptorum editione defluunt*; et enfin, surtout, du commentaire, en forme de décision générale, qui accompagne cette solution : *Ne juris suffragium, quod in celeri reformatione consistit, beneficiorum Imperialium decreta suspendant* (1). Cette décision est la preuve indiscutable que le droit commun règne seul en tout ce domaine. Il n'y est apporté qu'une dérogation : lorsque le rescrit renvoie les plaideurs devant un juge extraordinaire, il n'est pas accordé de délais au plaignant; le défendeur, au contraire, s'il en fait la demande, peut en obtenir (2). Cette loi s'applique, en réalité, aux seuls procès qui doivent être jugés sans délais; au lieu de les désigner de cette façon, le législateur parle des procès portés devant un commissaire extraordinaire; c'est que, pratiquement, la demande d'un juge extraordinaire intervenait surtout dans les cas où le plaignant avait été dépouillé de la possession par la violence; il avait à craindre alors l'influence de son puissant adversaire sur le juge (3); or, ces causes

(1) C. Th., 2-4, 5.

(2) C. Th., 2-7, *De dilationib.*, 1.

(3) J. Godefroy, *Commentaire sur loi 1* (C. Th., 2-7).

étaient tranchées rapidement. Bien que les délais y fussent supprimés, il pouvait en être accordé au défendeur parce que, surpris par une attribution exceptionnelle de compétence, il pouvait n'être pas en mesure de répondre à une convocation qu'il appelait à l'improviste devant un autre forum (1).

Ce cas particulier mis à part, il n'est besoin que de mentionner brièvement les caractères de la procédure dans cette phase de l'instance, puisqu'ils ne lui sont pas particuliers. Les délais, s'ils se sont écoulés sans que la *litis contestatio* ait été faite, peuvent être renouvelés par la faveur du prince. La première fois, la réparation est accordée sans aucune difficulté, exception faite pour les cas où il y aurait eu faute ou négligence du juge qui devait alors payer au plaideur, *de facultatibus suis*, la valeur estimée du litige (2). Elle n'était pas admissible une seconde fois (3), sauf au cas où le second délai s'était écoulé sans qu'il y eût de la faute des plaideurs ou du juge (4). Si les délais peuvent être renouvelés, ils ne peuvent être prolongés par aucun moyen, même par un rescrit émis spécialement à cette intention (5).

(1) « ... Quoniam instructus esse non potuit, qui præter spem ad alienum judicem trahebatur », *h. l.*

(2) C. Th., 2-6, *De temp. cursu*, 2.

(3) C. Th., *h. l.*, 1 (Constantin, 316).

(4) C. Th., 11-31, *De reparation. appellat.*, 2 (Valentinien, 365).

(5) Le rescrit doit être considéré comme inutile (*frivolum*), C. Th., 2-4, 4.

VII. — La *litis contestatio* doit être faite dans le délai légal; pratiquement, les plaideurs, pour y procéder, attendent le dernier jour, *dies legitimus* (1). Ils se présentent devant le magistrat. Le demandeur expose l'affaire; il reprend les termes de la supplique, mais il ne doit pas se contenter de formuler ses prétentions, il faut qu'il en apporte la preuve, il faut qu'il présente les faits sur lesquels il fonde son droit. Le témoignage en est fourni, pour notre époque, par la façon même dont le rescrit est rédigé : la forme conditionnelle sous laquelle est reprise la demande du plaignant, les restrictions expressément énoncées dans la plupart des réponses et sous-entendues dans les autres. Si le demandeur ne peut faire la preuve de son droit, il est débouté des fins de sa plainte, et même, s'il a menti trop impudemment, il encourt un châtiment (2). A une époque un peu postérieure, en 477, pour que l'on ne pût jamais élever le moindre doute sur le caractère conditionnel de la réponse, l'empereur Zénon ordonna de ne plus admettre aucun rescrit, fût-ce une *adnotatio* ou une pragmatique sanction, qui ne contiât la clause : *si preces veritate nituntur* (3). La *quæstio fidei precum* devait toujours être posée devant le juge (4).

Aussi les droits du défendeur sont-ils formellement

(1) Steinwenter, *op. cit.*, p. 116.

(2) C. J., 1-22, *Si contra jus*, 5 (Théodose et Valentinien, 426).

(3) C. J., 1-23, *de div. resc.*, 7 (477).

(4) C. Th., 1-2, 6 : *de veritate precum inquiri oportet* (Constantin, 333).

réservés par les constitutions impériales : aux prétentions de son adversaire, il peut opposer la *præscriptio mendaciorum*; il l'accusera d'avoir, dans les *preces*, altéré la vérité et, en conséquence, d'avoir obtenu le rescrit par surprise, *per subreptionem, per obreptionem* (1). Le mensonge peut résulter d'une manœuvre positive, d'affirmations inexactes dans l'exposé du droit ou du fait (*sive in juris narratione sive in facti*), ou du silence, de réticences (*sive in tacendi fraude*) (2). Le juge ne peut refuser d'admettre ce moyen de défense. S'il dénie le droit de s'en servir, il doit être puni d'une amende de 10 livres d'or (3).

Pour l'administration des preuves et l'audition des témoins, la procédure par rescrit ne présente aucune particularité. Le magistrat doit former son opinion *pro tenore veritatis* : tous les faits qui se rapportent à la cause peuvent lui être soumis, même s'ils n'ont pas été mentionnés dans la supplique (4). Ensuite, il prononcera la sentence qu'il croira conforme à la justice ; mais il n'est pas libre de choisir dans les lois la règle qui lui semble devoir s'appliquer ; sa tâche lui a été tracée : il est juge du fait, il n'est pas juge du droit ; il est lié par le rescrit, auquel il doit se rapporter. Il prononce

(1) C. Th., *De div. resc.*, 7; 2-23, *De rei vindic.*, 1; 11-12, *De immun. conc.*, 4.

(2) C. J., 1-22, 2 (Dioclétien et Maximien, 294).

(3) C. J., 1-22, 3 (Constantin, 313).

(4) C. J., 1-22, 1 (Dioclétien et Maximien, 293).

le rescrit applicable ou inapplicable à l'espèce qui lui est soumise ; en conséquence, il l'exécute ou il refuse de l'exécuter suivant les cas, mais il ne le remplace pas par un autre arrêt, il n'en a pas le pouvoir. Tout juge qui méprise un rescrit est puni d'une amende (aussi bien que celui qui en retarde l'exécution) (1).

VIII. — La sentence prononcée par le magistrat peut-elle être attaquée ? Il n'est pas vraisemblable qu'elle puisse l'être par une supplique. L'empereur a dit le droit ; il est inutile de s'adresser de nouveau à lui. Est-il possible de recourir à l'appel ? Certaines constitutions défendent absolument de remettre en question une affaire tranchée par un rescrit impérial. Mais il s'agit là uniquement des réponses rendues sur relations ou consultations des juges (2). En somme, l'affaire n'a été terminée définitivement, c'est-à-dire par l'examen du prince, que pour la question de droit. Le juge a pu faire erreur dans l'appréciation du fait, et son jugement devrait être susceptible de réformation. Et il existe, en effet, des constitutions qui font nettement allusion à la faculté du plaideur d'attaquer une sentence prononcée *ex auctoritate rescripti*. Constantin (3), dans l'édit, par lequel il permet de faire appel des jugements portés par les proconsuls, les comtes et

(1) C. Th., 1-2, *De div. resc.*, 7 : *Multabuntur iudices qui rescripta contempserint aut distulerint*.

(2) Cf. *supra*, p. 33.

(3) C. Th., 11-30, *De appellat.*, 16.

vicaires, énumère les causes qui ont donné lieu à ces jugements : *sive ex appellatione, sive ex delegato, sive ex ordine judicaverint*. En mettant de côté la sentence prononcée sur appel (du jugement d'un *præses*, d'un *consularis*), la sentence prononcée en première instance (pour les personnes de rang sénatorial), il reste la sentence prononcée en vertu d'une délégation. Cette délégation ne peut venir que de très haut, les proconsuls et les comtes étant déjà eux-mêmes des *spectabiles* ; pour les vicaires (*qui vice præfectorum cognoscunt*), elle émanait au moins du Préfet du Prétoire. Normalement, elle est adressée par l'empereur. La preuve en est fournie par certains rescrits qui renvoient directement le suppliant à ces fonctionnaires (1). — Si, du reste, le doute subsistait, il devrait disparaître devant les termes précis dont se sert l'empereur Constance : Quand un *Rationalis*, dit-il, a prononcé entre des particuliers, soit parce que la nécessité de sa charge l'exigeait, soit en vertu d'un rescrit qui lui accordait cette prérogative, s'il est ensuite fait appel de cette sentence, c'est non pas l'empereur, mais le préfet de la ville qui jugera l'affaire (2). Il s'agit bien là d'un procès civil (*inter pri-*

(1) C. J., 4-56, *Si mancip. ita*, 1 ; C. Herm., tit. II, 1.

(2) C. Th., 11-30, 18 : *Imp. Constantius A. Anicio Juliano P(ræfecto) (U)rbi : Quotiens Rationalis, vel officii necessitate poscente, vel ex prærogativa Rescripti, inter privatos judicaverit, si a sententia fuerit provocatum, non ad nostram scientiam referendum est, sed apostolis datis, ... ad auditorium gravitatis tuæ, cui ad vicem nostram delata judicatio est, partes pervenire oportet...*

vatos), avec attribution de compétence à un juge extraordinaire (un fonctionnaire de l'administration des finances), faite par rescrit. Que l'appel soit possible en ce cas, la constitution l'établit indirectement, mais de la façon la plus nette, en renvoyant les plaideurs devant le *præfectus urbi*.

Il faut remarquer que dans les deux constitutions 16 et 18 (C. Th., 11-30) l'appel de la sentence sur rescrit est réglé pour des cas où le plaideur avait été renvoyé devant un commissaire extraordinaire. Mais il n'y a pas de raisons pour en limiter la possibilité à ces cas, et ne pas l'admettre quand le juge désigné est le *Præses*.

Doit-on suivre la hiérarchie établie pour la procédure normale? Les deux constitutions tendraient à établir que dans les cas où le juge est un commissaire extraordinaire, l'appel doit aller à l'empereur ou à un magistrat jugeant *vice sacra*. Mais ce ne sont là que des hypothèses que la lecture des textes fait naître; les textes mêmes sont trop peu précis et trop peu nombreux pour permettre d'en tirer une règle bien établie. Ils n'apportent qu'une certitude : c'est que l'appel était possible d'une sentence prononcée en vertu d'un rescrit.

Nous avons ainsi terminé l'examen de la procédure par rescrit dans la période qui va de Constantin à Théodose II. L'originalité de sa physionomie ne vient pas des débats mêmes, qui ne diffèrent en aucune façon des débats de la procédure normale, mais du long préambule qu'elle exige.

Les formalités qui précèdent l'ouverture du procès constituent de toute évidence un désavantage sur la procédure ordinaire, mais ce désavantage est compensé très largement par les bénéfices qu'elle permet d'obtenir : le changement de juridiction, s'il est nécessaire ; la sentence dictée d'avance, et en conséquence la limitation des pouvoirs du juge ; par ce dernier trait, ainsi que la remarque en a été faite (1), la procédure par rescrit se rapproche de la procédure formulaire.

A l'époque suivante, tout en lui gardant ses caractères essentiels, Justinien lui fait subir des modifications, qu'il faut maintenant passer en revue.

(1) Puchta, *Institutionen*, § 178, p. 549 ; Rudorff, *Röm. Rechtsgesch.*, p. 208.

CHAPITRE II

La procédure par rescrit au VI^e siècle.

Dans l'ensemble, la procédure par rescrit se présente au VI^e siècle sous un aspect qui ne diffère pas de celui qu'elle revêtait au IV^e et au V^e siècles.

Certains auteurs, il est vrai, ont soutenu que, conservée dans la compilation, elle avait été supprimée dans le droit des Novelles. Karlowa (1) a enseigné que « Justinien avait aboli les rescrits dans la procédure civile comme dans la procédure criminelle ; les juges devaient trancher les litiges d'après les lois générales ». D'après Bethmann-Hollweg (2), Justinien aurait interdit les rescrits dans les procès civils et « refusé toute valeur aux rescrits impériaux adressés à des personnes privées ». Cette opinion, qui s'appuie sur la Novelle 113, c. 1. de 541 (3), vient de ce que, comme l'a fait remar-

(1) Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 936.

(2) Bethmann-Hollweg, *Röm. Zivilprozess*, III, p. 211.

(3) Bethmann-Hollweg donne l'année 538 comme date d'émission de cette Novelle. Schœll et Kroll la placent en 541 ; également Noailles, Thèse, 1912, p. 111.

quer M. Partsch (1), ces auteurs n'ont pas saisi la portée de la mesure prise par l'empereur; elle sera examinée plus loin. Mais il faut dire brièvement qu'elle ne peut avoir le sens qui lui a été donné : des papyrus découverts récemment contiennent des rescrits impériaux émis après 541, et prouvent, par conséquent, l'existence de la procédure par rescrit après cette date (2). En réalité, Justinien s'est contenté d'en modifier les détails, pour la mettre d'accord avec la procédure normale en vigueur de son temps, et d'en préciser quelques points.

I. — Les précisions portent d'abord sur le concours de la procédure normale et de la procédure par rescrit, dans une phase où, à l'époque précédente, il reste bien des obscurités, c'est-à-dire en première instance. Il faut distinguer le cas où des *preces* ont été offertes à l'empereur, sans avoir encore amené la délivrance d'un rescrit, et le cas où un rescrit a été obtenu. Pour les *preces*, un texte du Digeste ne laisse aucun doute à leur égard : on ne doit point écouter celui qui veut apporter des délais dans une instance, en alléguant qu'il a présenté au prince une requête et qu'il attend en réponse un rescrit (3). Le

(1) Partsch, *Nachricht. der K. Ges. der Wiss. zu Göttingen, Phil. hist. Kl.*, 1911, p. 219.

(2) J. Maspéro, *Catalogue des Antiquités égyptiennes du Musée du Caire Papyrus byzantins*, t. I, nos 67024, 67026, 67028 (vers 551).

(3) Macer, lib. I, *De appellat.*, D. 49-5, *De appellat. recip.*, 4 : *Ejus qui ideo causam agere frustratur, quod dicit se libellum Principi dedisse et sacrum Rescriptum expectare, audiri desiderium prohibetur.*

juge passe outre. Du fait que le juge repousse celui qui a, auparavant, adressé des *preces* à l'empereur, il faut conclure que l'on peut toujours, bien que l'adversaire ait pris l'autre voie, engager la procédure normale, sans que l'exercice puisse en être entravé. Si l'on n'écoute pas le plaideur qui a supplié l'empereur avant l'instance, *a fortiori* doit on repousser celui qui réclamerait un délai en disant qu'il va demander un rescrit. En résumé, les *preces* ne peuvent avoir aucun effet ni sur la possibilité d'engager la procédure normale, ni sur son déroulement subséquent.

En second lieu, que les *preces* aient été offertes au prince avant que l'affaire ait été engagée, ou au cours de l'instance, il faut rechercher l'effet, sur le procès, du rescrit obtenu. Le Code donne une solution très nette pour le cas où la réponse est arrivée, alors que le juge avait déjà prononcé la sentence (1). La constitution suppose que le rescrit apporte au procès une solution différente de celle que lui avait donnée le *præses* ; quoique le rescrit représente la décision impériale, il n'aura pas le pouvoir de faire tomber le jugement ; il ne peut servir *ad retrahenda quæ decreto terminata sunt*. Si le plaideur veut attaquer la décision du juge, il a la ressource de l'appel. — Mais que se produisait-il quand un des plaideurs au cours de l'instance présentait

(1) C. J., 1-21, *Ut lite pendente*, 1 : *Licet postquam supplicasti, priusquam rescriptum impetrares, præses provinciæ V. C. pronuntiaverit...*

au juge un rescrit impérial sur l'affaire en litige? Le respect du juge et de ses décisions, devant qui Justinien, dans le cas précédent, fait plier son autorité impériale, demanderait que, dans ce cas également, le rescrit fût écarté, et c'est peut-être la solution légale à cette époque comme à l'époque antérieure. Cependant, en fait, le juge, mis en présence d'une sentence émanée du prince, contenant même parfois un ordre de dessaisissement, devait hésiter; pour mettre fin à ces hésitations — ou pour affirmer un droit nouveau — Justinien a réglé la question définitivement dans cette Nouvelle, à laquelle certains auteurs ont attribué un effet trop absolu (1). Il a enlevé toute valeur aux rescrits, s'ils sont produits dans des procès déjà en cours : la condition est nettement indiquée : ὥστε δίχης ἐξεταζομένης (Authentique) : *dum lis examinatur*. Justinien prévoit du reste toutes les formes possibles que peut revêtir l'intervention impériale (2). S'il s'élève quelque doute

(1) Nov. 113, c. 1.

(2) *Ibid.* : Μῆτε πραγματικὸν τύπον μῆτε ἐτέραν ἀντιγραφὴν μῆτε θεῖαν ἡμῶν τινα ἔγγραφον ἢ ἄγραφον κέλευσιν ἢ κατάθεσιν ἐν ταύτῃ τῇ βασιλίδι πόλει παρὰ τῶν περιβλέπτων ἡμῶν ρεφερενδαρίων ἢ ἐτέρου τινός... καταφανῇ γίνεσθαι τοῖς δικάζουσιν ἢ καταφανῇ γινόμενην κρατεῖν, ἀλλὰ κατὰ τοὺς γενικοὺς ἡμῶν νόμους τὰς δίχας ἐξετάζεσθαι τε καὶ τέμνεσθαι. — (Auth.) : *Neque pragmaticum typum, neque aliam rescriptionem neque sacram nostram quamlibet ex scripto aut non scripto jussionem aut deposilionem in hac regia civitate spectabilium nostrorum referendariorum aut alterius alicujus... insinuari iudicantibus aut insinuatam valere, sed secundum generales nostras leges causas examinari et decidi.*

sur la règle de droit à appliquer, le juge n'aura qu'à en référer au prince ainsi que cela s'est toujours fait; autrement qu'il mène l'affaire jusqu'au bout, sans tenir compte du rescrit présenté. Donc, tout au moins dans le dernier état du droit, de même que la supplique n'a aucun effet sur une affaire ou qui va être, ou qui a déjà été engagée par la procédure normale, de même le rescrit n'a aucun effet sur une affaire ou déjà entamée, ou terminée par la sentence du juge.

II. — Comme à l'époque précédente, il est interdit d'employer la procédure par rescrit quand le procès est pendant, quand l'appel est possible, ou quand un jugement définitif a été porté (1). Le seul fait à noter est l'accroissement de rigueur lorsque c'est à l'appel que la supplique veut se substituer : au iv^e siècle, la seule sanction contre le suppliant était, dans ce cas, son expulsion du tribunal (2). C'est seulement quand le jugement attaqué était celui d'un *spectabilis* que l'usage des *preces* au lieu de l'appel était puni de la déportation (3). Justinien a repris cette dernière disposition et l'a généralisée; toutefois, il en a atténué la sanction qui eût été trop sévère pour des cas auparavant non punis de peines afflictives; il a supprimé la déportation et l'a remplacée par l'infamie (4).

(1) C. J., 1-21, *Ut lite pendente*.

(2) C. Th., 4 16, *De re judicata*, 1.

(3) C. Th., 11-30, 17, *Deportationis pœna plectendus est*.

(4) C. J., 1-21, 3, *Ignominie pœna notabitur*.

Les compilateurs ont également modifié la sanction prise contre le suppliant qui demande la désignation de deux juges pour une affaire, alors qu'elle pouvait être examinée dans une seule *cognitio*. Le tarif de l'amende, fixé par Constantin au cinquième de la valeur du procès, a été supprimé par interpolation et laissé désormais à l'arbitraire du juge (1).

Il n'y a rien de changé à l'effet produit par la sup-
plicative. La simple *oblatio precum imperatori* perpétue les actions temporaires et opère transmission aux héritiers, ou contre eux, des actions intransmissibles (2). Justinien a simplement précisé ce qu'il fallait entendre par actions temporaires : ce sont les actions prétoriennes annales. De son temps, cela pouvait être utile à dire, l'institution de la prescription trentenaire ayant supprimé les actions proprement perpétuelles (3).

Pour la rédaction du rescrit, Justinien, qui n'en a pas modifié les règles, a édicté deux formalités nouvelles. La première provient de l'interpolation d'une loi de Constantin : celui-ci déclarait sans autorité à l'avenir les décrets et les constitutions qui ne porteraient pas l'indication du jour et de l'année par le consul. Cette obligation a été transportée aux rescrits ; les mots *posthac edicta sive constitutiones* ont été supprimés et

(1) C. Th., 2-18, 3 ; C. J., 3-1, 10.

(2) C. J., 1-20, *Quando libellus*, 1.

(3) C. J., *h. t.*, 2.

remplacés par *beneficia personalia* (1). De plus, le droit des Nouvelles a décrété que nul rescrit ne serait valable s'il ne portait l'*adnotatio* du *quæstor sacri Palatii* : *qua contineatur inter quos et ad quem judicem, vel per quam fuerit directa personam* (2). Ce sont là deux mesures de précaution contre les réponses *per subreptionem elicitæ*.

III. — Au sujet du procès proprement dit, un certain nombre de documents donnent pour cette époque des clartés nouvelles ; en particulier, les constitutions relatives aux nouveaux agents d'exécution dans la procédure, les *exsecutores*. En traitant des devoirs de leur charge et en précisant les conditions dans lesquelles les *sportules* leur sont dues, en en fixant le montant, Justinien fournit des renseignements précieux sur les phases du procès où leur intervention était nécessaire (3). D'un autre côté, les indications données par ces lois peuvent être contrôlées et complétées au moyen d'un document de la pratique, un papyrus byzantin du VI^e siècle (4) ; il renferme le contrat passé entre des suppliants qui ont obtenu un rescrit impérial, d'une

(1) C. Th., 1-1, 1 ; C. J., 1-23, 4.

(2) Novelle 114, c. 1, Auth. (*Latine tantum extat*).

(3) C. J., 3-2, *De sportulis et sumptibus in judiciis faciendis et de exsecutoribus litium* ; 12-10, *De exsecutoribus et exactoribus*.

(4) J. Maspéro, *Cat. Mus. Caire, Pap. byzantins*, t. I, n° 67032, édité et commenté par J. Partsch, *Nachricht. der k. Gesells. der Wissens. zu Göttingen, Phil. hist. kl.*, 1911, p. 235 et suiv. ; édité, traduit et commenté par P. Thomas, *Études Girard*, 1912, t. I, p. 380 et suiv.

part, et deux comtes du Sacré Consistoire, d'autre part, qui doivent leur servir d'*exsecutores* : les obligations réciproques des parties, détaillées de part et d'autre, retracent la marche du procès subséquent.

De l'ensemble de ces documents ressort l'impression que rien d'essentiel n'a été changé par Justinien. La constitution 1 (C. Th., 4-14), témoignage à peu près unique (encore qu'incident) sur les phases de l'introduction de l'instance au iv^e siècle, est reprise intégralement au Code (C. J., 7-39, 3). Les deux procédés pour engager l'affaire subsistent : *allegatio sacri rescripti*, *postulatio in judicio deposita*, suivis l'un et l'autre de la *conventio*. L'empereur s'est contenté de noter que la *conventio* doit être faite par le ministère d'un *exsecutor*. Cependant un examen attentif montre que, s'il n'a pas changé les formalités mêmes, il en a certainement modifié le caractère. Il a voulu, par souci de réglementation, que la procédure par rescrit fût autant que possible le parallèle de la procédure normale. Pour cela, il a établi une assimilation entre les phases correspondantes des deux procédures, et — conséquence de cette assimilation — dans la procédure par rescrit, à l'exemple de la procédure normale, il a introduit la nécessité de se servir d'un *exsecutor*.

Au iv^e siècle, le procès, par la voie commune, commence avec la *litis denuntiatio* au défendeur ; la présentation de l'acte au greffe compétent n'est qu'une formalité de précaution et ne constitue qu'un prélimi-

naire de peu d'importance. Au ^{vi}° siècle, au contraire, la procédure normale comporte un important préambule ; le demandeur doit remettre le libelle renfermant sa requête au magistrat ; celui-ci l'examine brièvement, et rend un jugement (*interlocutio*) qui autorise la citation (*citatio*, ὑπομνήσις), ou rejette la requête. Au ^{iv}° comme au ^{vi}° siècle, la procédure par rescrit exige, elle aussi, une longue préface ; il faut adresser une supplique à l'empereur, qui rend une réponse permettant d'engager l'action devant un juge désigné, ou déniaut le droit d'intenter un procès. Il est évident, d'après cela, que, sous Justinien, il y a désormais entre les deux procédures une analogie qui devait frapper les esprits, et la comparaison devait s'imposer entre la remise du libelle au magistrat, d'un côté, et l'offre de la supplique, de l'autre ; entre le permis de citer, la sentence du juge, d'une part, et l'émission du rescrit accordant ou refusant l'action, d'autre part.

Dans la procédure normale, sous Justinien, l'*interlocutio* étant un jugement, la citation devenait la signification d'un jugement, et l'agent qui la fait est le représentant de la force publique, qui a le devoir d'en assurer, sous sa responsabilité, l'exécution ; il peut, pour cela, prendre les mesures nécessaires ; il peut même aller jusqu'à appréhender le défendeur ad corpus (1). On s'explique donc parfaitement que l'agent

(1) *Exhibitio*, ἀποστάσις ; *Deductio*, ἀπαγωγή ; C. J., 3-2, 1, Nov. 134, c. 9.

de la citation, qui n'est au iv^e siècle qu'un simple messager au service d'un particulier, un *viator*, soit devenu au vi^e siècle un *exsecutor* (1) ; son nom est tout à fait justifié, ainsi que l'importance nouvelle de ses fonctions, dont témoignent de nombreux textes. On le rencontre fréquemment, en effet, désigné par son titre seul ou accompagné de précisions qui marquent son caractère judiciaire : *exsecutor litium*, *exsecutor negotii*, *privati negotii*, ἐκβιβαστής, ἐκβιβαστής τοῦ πράγματος, ἐκβιβαστής τῶν ὑποθέσεων (2) ; il est devenu l'auxiliaire indispensable de la procédure nouvelle.

La succession des phases de la procédure normale et de la procédure par rescrit présentant une certaine similitude, les caractères de l'une se communiquent à l'autre ; on cesse de voir dans la réponse impériale, comme on le faisait au iv^e siècle, uniquement la règle de droit à appliquer, le procès étant laissé ensuite à l'entière initiative du plaignant ; on y voit, en outre, une sentence permettant ou refusant la citation du

(1) A l'époque précédente, il y a bien au Code Théodosien un titre de *exsecutoribus et exactionibus*, 8-8 ; mais l'*exsecutor* n'y est mentionné qu'une seule fois, *h. t.*, 4, et il est douteux que ses fonctions aient trait alors à la citation. Tout au moins ne se trouve-t-il pas énuméré dans la liste donnée, *h. t.*, 7 ; elle comprend deux groupes, dont le premier semble être formé des agents chargés de la citation : *compulsor exactor admonitor portitorve præcepti, agens in rebus vel palatinus vel apparitor inlustrium protestatum*.

(2) C. J., 3-2, 4, 5 ; 12-60, 5, 6, 7 ; 13-32, 5, 6 ; 12-21, 8, pr. ; Nov. 53, c. 3, pr.

défendeur, à l'exemple de l'*interlocutio judicis*, de la procédure par libelle. Ici encore, la citation devient la signification d'un jugement, ordonnée par le magistrat qui l'a rendu, et dont l'agent doit assurer l'exécution; l'intervention de l'*exsecutor* dans la procédure ainsi comprise devenait nécessaire.

Que l'émission du rescrit présente les caractères énoncés, que la citation émane non plus du plaignant, mais de l'empereur, un texte le montre; c'est une constitution qui traite des *sportules* dus à l'*exsecutor* pour son office. Dans l'espèce de la loi, il est chargé de faire l'*exsecutio* d'un ordre sacré. L'inscription du titre portant : *de exsecutoribus litium*, il est évident que cet ordre de l'empereur intervient non pas en matière administrative, mais en matière judiciaire, c'est donc une sentence. Pour l'exécuter, l'agent devra suivre les prescriptions suivantes : il accomplira d'abord la citation, puis il insinuera l'ordre sacré au défendeur; ce n'est qu'après avoir accompli cette dernière formalité qu'il pourra réclamer ses honoraires (1).

(1) C. J., 3-2, 4. pr. : 'Ο ἐγχειριζόμενος δημοσίας ἢ ἰδιωτικὰς χρείας παρὰ βασιλείως ἢ παρὰ τινος τῶν ἐνδοξοτάτων ἀρχόντων ὑπομεινῆσκέτω μὲν τὸν ἐναγομένον καὶ πρὶν ἐμφανίσαι αὐτῷ τὰς τοιαύτας κελεύσεις..., μῆτε δὲ συνηθείας λαμβανέτω παρ' αὐτοῦ μῆτε ἐκβιβάζέτω αὐτόν, εἰ μὴ τὸ ἴσον τῆς θείας ἢ μεγίστης κελεύσεως ἐκδῶ αὐτῷ, ἐξ ἧς ὑπέμνησεν αὐτόν. — *Is, cui publicum vel privatum negotium exsequendum ab imperatore vel ab aliquo gloriosissimorum magistratuum commissum est, conveniat quidem reum etiam priusquam ei tales jussiones insinuat..., neve tamen sportulas ab eo accipiat neve eum*

Ce texte met hors de doute que la citation faite en vertu d'une *θεία κέλευσις* procède directement de l'empereur lui-même, puisque l'*exsecutio*, dont elle est l'accomplissement, est prescrite par l'empereur.

Cependant, d'après la doctrine généralement admise, le rôle de l'empereur n'aurait pas changé depuis le iv^e siècle : il se bornerait à dire le droit et à désigner un juge ; le caractère du rescrit ne se serait pas modifié : il ne serait toujours que la règle à observer pour trancher le procès. C'est l'insinuation du rescrit auprès du juge qui serait l'équivalent de la remise du *libellus conventionis* au magistrat. « Le magistrat doit examiner la requête du demandeur, qu'il s'agisse d'un procès ordinaire ou de la procédure par rescrit » (1). De plus, dans la procédure par rescrit tout comme dans la procédure normale, le juge doit donner son autorisation au procès : « Tous les textes assimilent formellement les procès ordinaires et les instances engagées à la suite d'un rescrit. » Si le juge peut autoriser ou défendre la citation, c'est que l'empereur ne l'a pas fait par la délivrance de la réponse, car on n'eût pas soumis son jugement à l'examen d'une autorité inférieure. Il faut donc examiner les arguments sur lesquels on se fonde pour nier, malgré le témoignage de la constitu-

exsequatur, nisi ei exemplum sacræ vel summæ jussionis, ex qua eum convenit, dederit.

(1) P. Thomas, *loc. cit.*, p. 410-411.

tion invoquée *supra*, que le défendeur soit directement cité par le prince.

a) La réponse impériale doit être soumise au magistrat, il n'y a là-dessus aucun doute. La Novelle 112 (1) dit même qu'elle doit être transmise par lui au défendeur. Il n'est pas fait état de cet argument, il est vrai, parce que la Novelle, dans son texte grec, parlerait seulement de prières offertes au prince, insinuées au juge et portées à la connaissance de l'adversaire, et que c'est seulement la leçon de l'Authentique qui ajouterait que c'est « par lui » (le magistrat) que les prières sont portées à la connaissance de l'adversaire. Cela est vrai pour le passage cité de la Novelle; mais auparavant, au *proemium*, les mêmes expressions apparaissent déjà, et aussi bien dans l'original grec que dans la leçon de l'Authentique, le « par lui » est exprimé : δι' αὐτοῦ, *per eum*. Ce texte pourrait être évidemment interprété dans le sens d'une autorisation donnée par le juge, mais,

(1) Nov. 112, c. 3, § 1 : Ἐὶ δὲ παρὰ δικαστῇ προοίμιον ἡ δίκη οὐκ ἐδέξατο, ἀλλὰ μόνον διὰ βιβλίου ὑπομνήσεως ἐνήχθη τις, ἣ δεήσεων τῇ ἡμετέρα γαληνότητι προσενεχθεισῶν κέλευσις ἡμῶν περὶ τούτου προῆλθεν εἴτε ἐγγράφως εἴτε διὰ μανδάτων καὶ τῷ δικαστῇ γέγονεν ἐμφανῆς καὶ τῷ ἀντιδίκῳ ἐγνώσθη, καὶ οὕτως ἐξέσται τῷ ἐναχθέντι πρὸς τὸν ἀρμόδιον ἵνα δικαστήν, καὶ δι' αὐτοῦ τὸν ἴδιον ἀντιδικὸν κατὰ τὸν ὁμοίον καλεῖν τρόπον; Authentique : Si vero apud judicem initium lis non accepit, sed tantum conventionali libello quicumque pulsatus est, aut precibus nostræ oblati clementiæ jussio nostra super hoc prolata sive scriptis sive per mandate judici fuit intimata, et ea adversario [per eum] cognita, etiam sic libel pulsatō ire ad competentem judicem, et per eum suum adversarium simili modo vocare, ...

comme il est très laconique, il permet d'autres explications. On ne peut en déduire sûrement que cette proposition, c'est que le rescrit et la citation passaient par l'intermédiaire du juge.

b) Par contre, le texte même de la Nouvelle 112 serait concluant : « Mais si le procès n'a pas débuté devant le juge, mais que simplement le défendeur a été touché par le libelle de citation, ou que, des prières ayant été offertes à notre clémence, notre ordre, émis à leur sujet, soit par écrit, soit par mandat (verbal), a été intimé au juge et transmis (Auth. : par lui) à l'adversaire, même alors il sera permis au défendeur cité de se présenter devant le juge compétent, et par son intermédiaire d'appeler son adversaire de la même façon... ». Ce passage est interprété de la façon suivante : le défendeur est cité directement, sans l'entremise du juge, par la remise du *libellus conventionis* ou du rescrit; il peut, s'il le veut, considérer cette citation comme valable et comparaître *in judicio*; mais rien ne l'y oblige. C'est donc que la citation qui n'émane pas du magistrat est nulle, aussi bien dans la procédure par rescrit que dans la procédure normale, et le texte montre que cette nullité peut être couverte : le défendeur renonce à s'en prévaloir et comparait en justice.

— Il n'est pas dit dans ce texte que le défendeur est cité directement et sans la participation du magistrat; il est dit que le procès n'a pas commencé devant le juge; par là il faut, croyons-nous, entendre que les débats contra-

dictoires n'ont pas été entamés; et pour qu'il n'y ait pas d'équivoque, l'empereur prend soin de l'expliquer; le procès n'a pas commencé devant le juge, il n'y a pas eu ouverture des débats, quand la citation seule a été faite au défendeur, soit par la remise du libelle, soit par la remise du rescrit. Notre interprétation de cette loi est la suivante : le demandeur, après avoir fait la citation, ne se présente pas en justice, il abandonne l'affaire; le défendeur néanmoins a le droit de se présenter devant le juge compétent et d'y appeler son adversaire pour faire trancher la contestation. Cette interprétation s'appuie sur la raison même qui a donné naissance à la Nouvelle et qui est exprimée au début du chapitre (1); elle est dirigée contre les fraudes de ceux qui engagent une action, avec l'intention de ne pas mener l'affaire jusqu'à la fin, en invoquant la loi qui dispose que personne n'est obligé à exercer ses actions contre son gré. Pour déjouer ce calcul, l'empereur permet aux défendeurs de les forcer à comparaitre en justice en vertu de leur propre citation. En définitive, ce texte n'a pas la portée qui lui est attribuée; la question reste entière, de savoir si la citation dans la procédure par rescrit émane de l'empereur ou du magistrat à qui il est renvoyé. La Nouvelle, il faut le répéter, ne prouve

(1) Nov. 112, c. 3, pr. : λέγοντες νόμον εἶναι τὸν διαγορεύοντα μηδένα τὰς οἰκείας ἐναγωγὰς ἀναγκάζεσθαι ἄκοντα ἐγγυμνάζειν. Authentique : *dicentes legem esse quæ decernit neminem compelli actiones suas exercere nolentem.*

qu'un seul fait : c'est que le rescrit est insinué auprès du juge. Mais un autre texte (1), qui établit également la nécessité de cette formalité, retrace la tâche du juge et fait connaître l'étendue de ses pouvoirs. Ce dernier renseignement fait nettement ressortir le caractère véritable du rescrit impérial.

a) Quand le demandeur remet le *libellus conventionis* au magistrat, la raison de cette formalité est de faire vérifier par celui-ci s'il y a matière à procès; donc l'examen portera sur la requête elle-même et aura pour objet de reconnaître si elle rentre dans les cas où la loi accorde une action. Quand le plaignant fait présenter au juge le rescrit, c'est pour que celui-ci se rende compte qu'il ne constitue pas un faux, qu'il n'a pas été obtenu par surprise et ne constitue pas, en conséquence, une règle contraire aux lois. Il s'agit de vérifier uniquement l'origine même de la réponse; cela exige l'examen des formes qu'elle revêt, et aussi l'examen de la règle de fond qu'elle contient, puisque l'empereur lui-même a dénié toute valeur aux rescrits qui seraient contraires aux lois, parce qu'ils n'ont été obtenus que par surprise. En somme, cette formalité n'est pas imposée logique-

(1) C. J., 12-60, 7, pr. : Πᾶς ἄνθρωπος εἴτε θεῖαν κέλευσιν εἴτε ἀρχικὴν πρόσταξιν ἐκβιβάζον ὀφείλει πρότερον ἐμφανίσαι τῷ ἄρχοντι, ἵνα ὁ ἄρχων ἐξετάσῃ, εἰ μηδεμίᾳ πλαστοῦ αἰτία ἐστὶν ἐν αὐτοῖς ἢ κατὰ συναρπαγὴν ἢ ἐναντιούμενον νόμοις. *Quicumque divinam jussionem vel magistratus praeceptum exsequitur, praesidi prius id insinudare debet, ut praeses videat, ne quid falsi subsit vel obreptio vel legibus contrarium.*

ment par la marche de la procédure; elle est ajoutée, elle atteste seulement l'audace des faussaires et la vénalité des fonctionnaires même proches de l'empereur.

b) Nous touchons au nœud de la question : quelles sont les mesures que le juge doit prendre quand il a terminé son examen? La réponse est décisive : il n'a aucun pouvoir sur la citation. Il ne peut l'arrêter en aucun cas : non pas seulement si le rescrit n'est que suspect, mais même s'il est « manifestement faux, manifestement contraire aux lois » (1). Le seul pouvoir qu'il ait, c'est de prendre des mesures dans l'intérêt du défendeur; le défendeur ne paiera pas les *sportules*, il se contentera de s'engager par promesse; l'*exsecutor*, de son côté, lui donnera l'assurance qu'il le tiendra quitte, s'il est établi que la citation a été faite à tort. Qui décidera de ce point? Ce ne sera pas le juge, c'est l'empereur, à qui il est obligé d'en référer; l'*interlocutio* retourne donc au magistrat qui l'a prononcée (ou qui

(1) C. J., 12-60, 7, 2 : Καὶ εἰ συνίδοι, παρέχει βοήθειαν · ἐὰν δὲ ἡ πλαστὸν εὖρη φανερώς ἢ νομῶ ἑναντιούμενον φανερώς, δεῖ αὐτὸν μὴ ἐκβιβάζειν, ἀλλ' ἀναφέρειν εἰς βασιλέα διὰ τοῦ μαγιστριάνοῦ, .. τὸν δὲ ἐκβιβαστὴν ὑπὸ ἀσφάλειαν ποιεῖν τὴν ἐγγωροῦσαν, καὶ τὰ πρόσωπα δὲ τὰ αἰτιασθέντα ὑπὸ προσωπικὴν ἀσφάλειαν ἀζημῶς · ὁ γὰρ ἐγγειρίσας αὐτῷ το ἀζημῶν περιποιήσει, εἴπερ εὔρεσθαι μάτην αὐτῷ ἐγγειρίσας. — *Et si bene se habere invenerit, auxilium præstet : sin vel aperte falsum vel legi contrarium invenerit, non debet exsequi sed ad imperatorem referre per officialem..., exsecutorem autem ad idoneam cautionem personasque, a quibus exigendum est, ad personalem cautionem sine impensis adigere : exsecutor enim indemnem eum præstabit si temere eum convenisse inventus fuerit.*

est censé l'avoir prononcée); un jugement réputé impérial ne peut être rétracté que par l'empereur.

Une dernière preuve tirée du même texte démontre que le juge est étranger à la citation : si le rescrit est valable, il doit prêter son aide au demandeur ; au cas contraire, il ne doit pas exécuter (1), c'est-à-dire l'affaire ne doit pas suivre son cours. Le défendeur est cité, mais le procès reste en suspens jusqu'à la décision de l'empereur. D'une part, le juge est dans l'obligation de ne pas remplir son office ; de l'autre, la citation doit être faite, parce qu'elle ne rentre pas dans l'office du juge. En résumé, au ^{vi}^e siècle, outre qu'il est un jugement conditionnel sur le fond de l'affaire, le rescrit est également la sentence interlocutoire en vertu de laquelle le défendeur sera cité à comparaitre.

IV. — Le caractère et les effets nouveaux de l'émission de la réponse impériale s'accordent avec la première des deux formalités introductives d'instance maintenues par Justinien. L'allégation du rescrit est ce que les constitutions les plus récentes appellent l'insinuation *apud judicem*. Nul changement n'était nécessaire; que la citation émane du demandeur au ^{iv}^e siècle, ou de l'empereur au ^{vi}^e, le magistrat doit toujours vérifier l'authenticité du rescrit. Mais la seconde for-

(1) Le terme ἐκτελέσμιος, *exsecutio*, outre son sens technique, comprend, quand, appliqué au rescrit, il s'adresse au juge, les débats et le jugement qui précèdent l'exécution proprement dite : *Elsi non cognitio, sed exsecutio mandatur, de veritate precum inquire oportet*. C. Th., 1-2, 6, C. J., 1-22, 4.

malité, la *postulatio in judicio deposita*, subsiste. Le témoignage direct en est donné par la constitution 3 (C. J., 7-39). On peut en trouver un témoignage indirect dans le fait suivant : l'empereur, dans une autre loi, la loi 7 (C. J., 12-60), prévoit que les mesures de précaution, en cas de rescrit suspect, doivent être prises par le juge ordinaire ou le commissaire extraordinaire (§ 3); que les sanctions à prendre, faute par eux d'avoir examiné le rescrit, frapperaient le juge ordinaire ou le commissaire extraordinaire (§ 5). Ce souci de mentionner deux fois les deux espèces de juges possibles rend peu vraisemblable un oubli au *principium*; si, pour l'insinuation, le juge extraordinaire n'est pas nommé, c'est que, devant lui, c'est l'autre formalité qui intervient, la *postulatio*. Au iv^e siècle, la *postulatio* avait son utilité puisque le pouvoir du demandeur de citer en justice n'allait pas jusqu'à attirer son adversaire devant un juge autre que le magistrat compétent *ratione loci* ou *personæ*. Au vi^e siècle, où c'est l'empereur qui fait lui-même la citation, il peut, certes, aussi bien renvoyer les parties devant un commissaire extraordinaire que devant un juge ordinaire. Dès lors, pourquoi le maintien de la *postulatio*? Il n'y a aucun renseignement à cet égard. Mais on peut supposer que c'est parce qu'elle conservait son utilité. Sous Justinien, comme auparavant, ce sont les délais du droit commun qui s'appliquent à la procédure par rescrit (1). Or, à cette époque,

(1) Cf. *infra*, p. 105.

le délai de comparution du défendeur est fixé par le demandeur, avec un minimum de dix jours, porté plus tard à vingt jours (1). Ces minima sont suffisants pour un procès qui se passe devant le juge ordinaire ; ils ne le sont pas si l'on doit aller devant un juge extraordinaire. Aussi ne courent-ils que du jour où le défendeur est arrivé dans la province où réside le juge (2). Mais qui fixera le délai que le défendeur aura pour se rendre dans la province ? Peut-on croire que, dans ce cas, il a été laissé à l'entière discrétion du demandeur ? Cela ne s'accorde pas avec la sollicitude que tant de lois témoignent pour ses intérêts. La *postulatio* aurait alors pour effet et de soumettre au magistrat, comme l'insinuation, le rescrit aux fins d'examen, et de plus de lui demander de fixer le délai dans lequel le défendeur devra comparaître, avec le plaignant, devant le juge (3).

V. — Le papyrus déjà cité permet de comparer les renseignements donnés par le contrat qu'il renferme (et qui portent spécialement sur les phases que nous venons d'examiner) avec les indications des textes législatifs. Quatre habitants du village d'Aphrodito, du nome d'Antœopolis, de l'éparchie de Thébaine, ont

(1) Nov. 96, c. 2, par. 1.

(2) Nov. 53, c. 1.

(3) Nulle loi ne le dit, il est vrai, mais, sauf le nom et la place dans la procédure, nous ignorons tout de la *postulatio*. On ne peut essayer de découvrir ses caractères que par tâtonnements au moyen de déductions logiques.

obtenu un rescrit qui les renvoie devant le juge compétent, le *dux et Augustalis Thebaïdis*. C'est donc par l'insinuation qu'ils lui soumettront le rescrit. Il est bien un acte de citation émanée de l'empereur, puisque le contrat l'appelle ordre divin, *θεία κέλευσις*, mais aussi acte divin qui doit servir à la citation, *θεῖον ὑπομνηστικόν*, littéralement : *divinum conventionale* (1). Pour la faire accomplir, les suppliants passent à Constantinople un contrat avec deux comtes du sacré consistoire : Flavios Palladios et Epigonos. Palladios s'engage à porter le rescrit dans la Thébàïde, à faire insinuer l'acte devant les tribunaux du nome (2), à assigner toutes les parties citées dans le rescrit en exigeant d'elles des cautions (3) (pour la comparution), ainsi que toutes les personnes visées par la portée du rescrit (cette dernière clause a peut-être pour origine le caractère administratif du procès).

La doctrine classique dit avec raison que, dans le procès de droit commun, l'*exsecutor* n'est pas un fonctionnaire spécial (4); c'est un agent de l'*officium* du magistrat qui remplit cette charge. Si dans la procédure par rescrit c'était également au magistrat que l'on attribuait, comme dans la procédure normale, le pou-

(1) Pap. Caire 67032, lin. 33, 38.

(2) Lin. 33-34 : Καὶ ἐμφανίσασται τοῖς κατὰ χώραν δικαστερίοις.

(3) Lin. 38-40 : Καὶ πα[ρέ]ξαι παρὰ τὸ δικαστήριον (πά[ντ]α) τὰ ἐντεταγμένα πρόσωπα τῇ αὐτῇ κελεύσει ὑπὸ ἐγγυά[ς] ἀσφαλεῖς.

(4) Bethmann-Hollweg, *Röm. Zivilprozess.*, III, p. 142, 157.

voir de citer le défendeur, l'*exsecutor* devrait être pareillement choisi parmi les *officiales* du magistrat; or, le papyrus montre que les *exsecutores* ne sont pas les *officiales* du duc de Thébaïde; donc la citation n'émane pas du magistrat : elle émane de l'empereur; on s'explique par là que l'*exsecutor* soit pris parmi les fonctionnaires de l'entourage impérial. S'il est ici d'un rang particulièrement élevé, cela peut tenir à la nature du procès, dont l'importance dépasse celle d'une contestation privée; peut-être aussi aux services que les plaideurs attendent de lui : il s'agit de prouver l'autopragie du village d'Aphrodito, le droit qu'a ce village de lever ses impôts lui-même; le comte du sacré consistoire, familier avec les archives impériales, serait plus qu'un autre à même de se procurer le titre qui a conféré le privilège (1).

Le papyrus apporte des précisions sur deux points : a) les textes juridiques supposent tous, dans la procédure de cette époque, l'intervention de l'*exsecutor*, aucun n'en impose absolument la nécessité; le papyrus montre que l'*exsecutor* est un agent nécessaire exigé par la loi (2); b) l'*exsecutor* est choisi non par le magistrat, mais librement par les parties (sans doute dans des catégories de fonctionnaires déterminées). En con-

(1) Cug, *Revue de philologie*, 1911, p. 353.

(2) Καὶ δεηθεντες κατὰ νόμον πρα...τρος ἐκβιβ[α]στο[ῦ] τοῦ πράγματος, l. 27-28.

séquence, comme une fois choisi par les parties, il agit au nom du magistrat, il doit lui être présenté, et il doit être investi par lui de sa mission. En résumé, les renseignements fournis par le document s'accordent avec les indications générales données par les lois et les complètent. La citation émane de l'empereur; le rescrit doit être insinué auprès du juge, avant la citation. Le papyrus mentionne que l'*exsecutor* se fera rembourser les frais que lui causera l'insinuation : les frais d'insinuation proprement dits d'abord (τὰ ἐμφανιστικά, *insinuativa*) et plus généralement tous les débours qu'il aura dû faire à l'*officium* (τὰ ἀναλώματα τῆς ταξέως, *sumptus officii* (1).

De son côté, le demandeur doit ἐκδοῦναι τοῖς ἐναγομένοις... A cet endroit, il y a une lacune. M. Partsch restitue : τὰς ἀγωγὰς (2). M. Thomas traduit : (nous sommes prêts) à faire l'*editio actionis* (3). Il faudrait donc admettre que le demandeur devait, encore à cette époque, *edere actiones* comme à l'époque classique. Dans le cas présent, cette solution est d'autant plus difficile à admettre que, comme le fait remarquer M. Cuq, il ne s'agit pas là d'une action de droit civil, mais d'un procès administratif. Aussi M. Cuq restitue-t-il : τὸ βιβλίον. Le deman-

(1) L. 42-43. Cela n'est pas spécial à la procédure par rescrit non plus que l'engagement du demandeur envers l'*exsecutor* de persister jusqu'au jugement (l. 56-60).

(2) Partsch, *loc. cit.*, p. 252.

(3) Thomas, *loc. cit.*, p. 385.

deur produirait son libelle pour faire vérifier que la *subscriptio* prescrite par la loi y a bien été apposée : c'est une seconde mesure de précaution dans l'intérêt du défendeur. A notre avis, le libelle ne pourrait être que la requête qui aurait exposé à l'empereur les *preces* du demandeur.

Matériellement, la citation se fera de la façon suivante : l'*exsecutor* sommera le défendeur de comparaître et lui communiquera le rescrit, en vertu duquel il est convoqué devant le magistrat (1), et le défendeur en prendra copie (ἴσον) (2). Il stipulera encore du défendeur l'engagement de se présenter en justice, conformément au droit commun, et il touchera les *sportules*. Nous avons vu les restrictions apportées à cette dernière obligation quand le juge, après examen, déclare le rescrit suspect. Il faut ajouter qu'au cas où l'*exsecutor* d'une *divina jussio* aurait négligé de la soumettre à la vérification du juge, le défendeur cité peut également repousser l'*exsecutio*, mais le président (ou le commissaire extraordinaire) devra faire venir devant lui le défendeur et l'*exsecutor*.

(1) C. J., 31-1, 4 pr.

(2) Les papyrus Caire 67024 et 67027 sont des copies des rescrits contenus dans les papyrus Caire 67025 et 67026, destinées aux défendeurs et aux avocats (Cf. *supra*, p. 50). Le papyrus 67027, copie de 67026, contient intercalée une note (lin. 8-10) qui répond aux allégations du demandeur, note mise par l'avocat comme memorandum des moyens de défense de son client; de même qu'au-dessus du nom d'un des personnages, il a mis Ο δ° qu'il faut lire ὁ δεόμενος pour désigner le requérant, son adversaire. Cuq, *Rev. phil.*, 1911, p. 357; Partsch, *loc. cit.*, p. 229.

Il obligera le premier à promettre (de payer les *sportules*), et l'*exsecutor* à promettre de tenir le défendeur quitte de cette obligation, si la citation a été faite sans droit, puis il en référera à l'empereur (1).

VII. — Il n'y a aucune indication spéciale au sujet des délais de comparution. Tous les textes du iv^e siècle relatifs aux délais ont disparu de la compilation de Justinien parce qu'ils parlaient des délais que faisait courir la *litis denuntiatio*. Les textes du vi^e siècle, qui traitent de cette question, ne spécifient pas l'application de telle ou telle procédure, ou bien ils nomment les deux procédures (2). Le principe n'a certainement pas été changé, c'est le droit commun qui s'applique. L'exception portée par Constantin a cependant été reprise (3); quand le juge désigné est un commissaire extraordinaire, le demandeur ne peut obtenir de délais, tandis qu'il peut

(1) C. J., 12-60, 7, 3 : Εἰ γὰρ μὴ τοῦτο γένηται, ὁ μὲν ἐκβιβαζόμενος ἀπωθεῖται τὸν ἐκβιβασμόν · ὁ δὲ ἄρχων, εἰ πρὸς αὐτὸν ἢ κέλευσις γέγονεν, ἢ καὶ τις ἕτερος ἴσως πρὸς τινα ἕτερον ἐγένετο, ὑπὸ ἀσφάλειαν ὀφείλει ποιῆσαι τὸν ἐκβιβαστὴν τὴν ἐγχωροῦσαν. Εἰ δὲ καὶ δυνηθεῖν τις ἀπωθήσασθαι τὸν ἐκβιβασμόν, ὀφείλει μανθάνων ὁ ἄρχων ἀποστῆσαι τὸν ἐκβιβαστὴν, ποιεῖν δὲ ὑπὸ ἀσφάλειαν προσωπικὴν τὸν αἰτιασθέντα καὶ μενύειν. *Quæ si facta non erunt, conventus exsecutionem repellet : præses vero, ad quem directa erit, aut similiter alius quis ad quem directa erit ad idoneam cautionem exsecutorem adigere debet. Sed licet quis exactionem repellere potuerit, tamen, præses, cum rescierit, exsecutorem avocare debet eumque, a quo exigitur, personali cautioni subicere et referre.*

(2) Nov. 53, *Præf.*

(3) C. J., 3-11, *De dilationibus*, 2.

en être accordé au défendeur. Mais il faut prêter attention que la loi doit avoir ici un sens autre que dans le Code Théodosien. D'après la constitution qui la précède au Code Justinien, on peut inférer que le législateur avait en vue les délais de trois, six, neuf mois (suivant l'éloignement) qui peuvent être accordés aux parties par le juge pour réunir les preuves, c'est-à-dire faire venir les témoins et rassembler les documents (*dilationes instrumentorum vel personarum gratia*); ces délais sont donnés après la *litis contestatio*; ils n'ont rien de commun avec l'espace de temps qui s'étend entre la citation et la *litis contestatio*.

VIII. — A l'expiration des délais, la *litis contestatio* doit être faite; et, conformément au droit commun, les débats s'engagent à moins qu'ils ne soient ajournés pour permettre la production des preuves. Du P. 67032, nous tirons les éclaircissements suivants : les parties promettent de comparaître en justice toutes les fois qu'il sera nécessaire, devant tout juge à qui *l'exsecutor* jugera que l'affaire doit être soumise (1) (cette obligation peut provenir, nous l'avons dit, du fait que le procès est une affaire administrative qui intéresse un grand nombre de personnes). De plus, les demandeurs promettent également de δίκας λέγειν, c'est-à-dire de se présenter pour les débats oraux (2). De ces deux faits, on peut

(1) Lin. 56, 57.

(2) Lin. 61.

tirer cette conclusion (contrairement à l'opinion de M. Partsch) (1), que l'*exsecutor*, — qui n'est pas un avocat (2), — bien qu'il ait un rôle qui se rapproche de celui d'un avoué (3), n'est pas non plus un avoué, puisqu'il ne représente pas son client.

Pour les débats proprement dits, la législation antérieure est toujours en vigueur : le demandeur est toujours contraint de faire la preuve de son droit (4), le défendeur peut accuser le suppliant d'avoir présenté les faits inexactement (5). Sous Justinien, depuis la constitution de Zénon (6), cette réserve doit même être toujours expressément indiquée dans le rescrit.

Le jugement devra toujours se conformer à la justice et non étroitement à la lettre du rescrit, ou aux affirmations du suppliant (7). Les constitutions rappellent que les rescrits contraires au droit sont sans force (8); mais on a vu comment il faut interpréter ce principe. Au VI^e siècle, ce n'est plus le juge qui peut en déclarer la nullité, c'est l'empereur seul.

Donc, à cette époque encore, il faut et il suffit, pour

(1) Partsch, *loc. cit.*, p. 242-243.

(2) Il y a incompatibilité entre les deux fonctions. Cuq, *Revue de philologie*, 1911, p. 352-353.

(3) Cuq, *loc. cit.*, p. 352.

(4) C. J., 1-22, 4.

(5) C. J., *h. t.*, 2, 3.

(6) C. J., 12-3, 7.

(7) C. J., 1-22, 2.

(8) C. J., 1-19, 7; 12-2, 6.

que le rescrit soit appliqué, que les faits allégués dans la supplique aient été reconnus exacts. Pour son exécution matérielle, c'est encore l'*exsecutor* qui intervient, mais dans ce rôle, il porte également un autre nom : *exactor*, *ποδάτωρ*.

Il n'y a qu'une exception à cette règle toujours en vigueur. Elle a été introduite, sous Justinien, par une interpolation à une loi de Gratien, Valentinien et Théodose, interpolation qui a d'ailleurs changé le sens de la loi. Quand le rescrit aura accordé des délais à un débiteur, pour que le juge l'applique, il faudra non seulement qu'il ait vérifié les faits allégués par le suppliant, mais encore que le débiteur suppliant ait fourni caution à son créancier (*fidejussio idonea super solutione debiti*) (2). Tel est le sens de la loi au Code Justinien. Au contraire, le texte primitif de la constitution faisait allusion aux rescrits qui accordaient des faveurs en matière financière. Les *debitores* dont il est question dans la loi originale sont les débiteurs du fisc, *tributores*, *debitores publici* (3). Du reste, la suite de la constitution confirme sûrement notre interprétation : les empereurs refusent d'accorder désormais les délais, parce que les redevables de l'impôt les demandent au détriment de l'utilité publique, avec l'intention de frauder : un débiteur

(1) Nov. 53, c. 3.

(2) C. J., 1-19, 4.

(3) Godefroy, *Commentaire sur loi 6* (C. Th., 1-2).

qui fraude aux dépens de l'utilité publique ne peut frauder que le fisc. Les rédacteurs du Code Justinien ont supprimé cette fin et ils ont fait une fausse application de la loi aux débiteurs privés. Ils voulaient par là introduire un tempérament à la loi 2, *h. t.*, qu'ils avaient également mal comprise; dans cette dernière loi, ils voyaient le droit de l'empereur d'accorder par faveur des exceptions dilatoires, mais non des exceptions péremptoires (au lieu que, en réalité, Constantin avait défendu de supplier contre les rescrits accordant des exceptions péremptoires, mais non contre ceux qui accordaient des exceptions dilatoires) (1). Ils restreignaient ainsi, par la loi 4, les nouveaux effets de la loi 2, quand ceux-ci auraient été nuisibles au créancier.

Quant à la possibilité d'appeler de la sentence, elle paraît également exister à cette époque; la loi 16 (Code Théodosien 11-30) a été reproduite au Code (2). La loi 18, *h. t.*, a disparu. Mais une autre constitution attribuée à Alexandre Sévère (3) y a été insérée; elle reconnaît formellement le droit d'attaquer le jugement prononcé en vertu d'un rescrit (4).

En résumé, la procédure par rescrit, sous Justinien,

(1) Cf. *supra*.

(2) C. J., 7-62, 19.

(3) C. J., 7-62, *De appellat.*, 2.

(4) *Elsi rescripti mei auctoritas intercesserit, provocandi tamen facultas tibi non denegetur, h. l.*

est plus florissante que jamais. Elle s'est modifiée pour se rapprocher, comme cela était naturel, de la procédure normale en usage à cette époque, la procédure par libelle. Peut-être serait-il plus exact encore de dire non que la procédure par rescrit a subi l'influence de la procédure normale, mais que toutes deux ont subi l'influence des mêmes causes. La centralisation administrative, poursuivant, du iv^e au vi^e siècle, ses conquêtes, a exercé sa puissance, également, sur les procédures dont on se servait dans cette période; sous cette influence de nature politique, le législateur a donc introduit, dans la procédure normale, la nécessité de recourir au magistrat pour l'engager; et il a donné aux formalités préliminaires de la procédure par rescrit un caractère qu'elles n'avaient certainement pas auparavant.

Au moment où l'empire romain brille d'un dernier éclat, le long travail des empereurs, sur ce point, est achevé; soit par les magistrats, qui ne sont que les délégués impériaux, soit par l'action directe de l'empereur, la procédure est placée désormais tout entière entre les mains du prince : nul ne peut plus s'en servir qu'avec son consentement.

CHAPITRE III

Les origines de la procédure par rescrit.

Au Bas-Empire, la procédure par rescrit apparaît comme une voie de droit régulièrement constituée et qui fonctionne parallèlement à la procédure normale.

Il n'est pas étonnant qu'à cette époque il soit permis aux plaideurs de s'adresser directement à l'empereur. L'intervention impériale ne change pas le caractère de la procédure; c'est toujours au nom du souverain que la justice est rendue. Habituellement, le plaideur s'adresse au délégué permanent, le gouverneur de la province, sauf, si cela est nécessaire, à remonter jusqu'au prince lui-même, par les divers degrés de l'appel. Mais il est des cas où il a intérêt à recourir directement à l'empereur; il se sert alors de la procédure par rescrit. Elle apparaît donc, si l'on peut dire, comme une variété de la voie de droit normale, qui a été instituée pour répondre à des besoins particuliers; elle en diffère par certaines formes, mais en réalité elle permet d'arriver au même but.

Malgré ces apparences, elle n'est cependant pas née

d'un remaniement de la procédure en usage au iv^e siècle. Elle est le résultat de l'adaptation d'une voie de droit qui existait auparavant, comme la *cognitio extraordinaria* elle-même, et qui présentait déjà les caractères essentiels qu'elle conserve dans la période suivante. C'est dans le Haut-Empire qu'il faut rechercher ses origines; nous nous efforcerons d'abord de déterminer les causes qui lui ont donné naissance, puis de délimiter son champ d'application. Cette étude permettra de saisir les modifications qu'elle a dû subir pour prendre finalement la physionomie qu'elle revêt au iv^e siècle.

I. — La centralisation des pouvoirs dans la main de l'empereur ne cesse d'augmenter depuis le règne d'Auguste jusqu'à l'avènement de Dioclétien, qui proclame l'omnipotence absolue du souverain. L'apparition de la procédure par rescrit au cours de cette période est le signe d'une nouvelle ingérence du prince dans un domaine où il ne pénétrait pas jusque-là, l'administration de la justice dans les affaires civiles. Sous le Principat, l'organisation judiciaire était restée telle qu'elle était à l'avènement d'Auguste; l'instance s'engageait toujours devant le magistrat que la République avait créé pour cet office; le procès était tranché sans appel par un simple citoyen. En principe, l'empereur n'intervenait pas. On considérait comme un abus de pouvoir, dit Mommsen, que l'empereur jugeât par la voie de la *cognitio* un procès qui était de la compétence des

jurés (1). Ce n'est pas cependant qu'il n'en fût sollicité; les citoyens connaissant la puissance réelle du prince s'adressaient à lui quand ils voulaient obtenir une faveur, et certains suppliants imploraient comme une grâce le jugement du souverain.

Au 1^{er} siècle, l'empereur refusait d'accéder à ces demandes; les souvenirs du régime ancien étaient encore trop vivaces. Trajan même, au début du II^e siècle, ne répondait pas encore aux libelles qui lui posaient des questions de droit (2). Cependant, le Principat est alors une institution solidement assise; le souci de ménager les susceptibilités du peuple, qui faisait reculer Auguste et ses premiers successeurs, n'existe plus. Aussi l'empereur Hadrien, qui n'a pas les scrupules de son prédécesseur, opère-t-il une série de réformes importantes. L'une d'elles, par une conséquence indirecte, lui permet d'intervenir dans l'administration de la justice. Une autre lui donne directement accès sur ce terrain.

a) La première réforme est la codification de l'édit du préteur. Le magistrat, à partir de cette époque, cesse de pouvoir faire du droit nouveau. En conséquence, si l'édit codifié paraît incomplet sur quelque point, si l'on veut faire sanctionner une obligation non encore

(1) Mommsen. *Droit public romain* (Traduction P.-F. Girard) t. V, p. 268, note 2.

(2) ... *Cum Trajanus nunquam libellis respondisset. Vila Macrini, XIII.*

reconnue par la législation, c'est à l'empereur que l'on devra s'adresser. Hadrien donne cet ordre dans le sénatus-consulte qui suit la codification (1). Donc, quand un plaignant obtient que l'empereur intervienne dans un cas non prévu par l'édit, le prince, par sa réponse, fait d'abord et surtout œuvre législative en établissant une règle nouvelle; mais il fait également œuvre judiciaire, parce qu'il pose cette règle à propos de l'affaire qui lui est soumise, et qu'il indique expressément par là qu'elle doit lui être appliquée.

b) D'autre part, en essayant d'unifier la jurisprudence, l'empereur intervient directement dans l'administration de la justice. Le préteur, chargé d'organiser les procès, avait pris l'habitude de s'entourer de conseillers juridiques. Mais, comme au II^e siècle encore les jurisconsultes se partageaient entre deux grandes écoles, l'école sabinienne et l'école poculienne, suivant l'école à laquelle les conseillers se ralliaient, sur bien des points la décision du magistrat pouvait varier d'une année à l'autre; dans des affaires identiques, le droit d'agir était accordé ou refusé, en conformité avec l'opinion que professaient le préteur en exercice et ses assesseurs.

Il en résultait dans la jurisprudence une diversité fâcheuse, nuisible au bon fonctionnement de la justice. Hadrien voulut mettre fin à ce trouble. Il donna ordre

(1) C'est du moins ce que Justinien rapporte dans la constitution *Δέδωκεν*, § 18.

de lui soumettre tout procès qui donnerait naissance à une controverse entre les jurisconsultes ayant le *jus respondendi publice*; il le ferait examiner dans le *Consilium principis*. Il avait pris soin d'assurer l'autorité de ce conseil du prince en y faisant entrer les représentants les plus célèbres de la science du droit, sans distinction d'écoles. La solution, élaborée par le conseil, était rendue par l'empereur, qui la revêtait de sa *subscriptio*. Elle s'imposait désormais à tous; la controverse était ainsi terminée (1). Par conséquent, dans ce cas particulier, le souverain se substituait encore au magistrat pour faire l'application de la loi à une affaire déterminée.

Dans les deux hypothèses qui viennent d'être examinées, rien ne permet de supposer que la décision de l'empereur ouvrait nécessairement la voie à une *cognitio extraordinaria*. Les rescrits qui édictaient du droit nouveau ne faisaient rien d'autre, en principe, que d'étendre la formule d'une action à des cas voisins non encore sanctionnés. Quant aux rescrits qui terminaient une controverse, ils avaient pour but de fixer désormais les hésitations du magistrat en présence d'un point douteux. En conséquence, les affaires pour lesquelles ils avaient été émis ne devaient pas être soustraites à la procédure formulaire. Mais, d'une part, ces réformes

(1) Cf. l'exposé de l'œuvre d'Hadrien dans Cuq, *Conseil des empereurs*, p. 328-338.

permettaient à l'empereur d'intervenir dans le fonctionnement de l'appareil judiciaire pour écarter les obstacles qui en entravaient la marche régulière. Il acquérait le droit de réglementation dans un domaine qui, de par son origine, avait échappé jusque-là à son autorité. Et cette première modification accoutumait les esprits à l'idée d'un changement plus radical. D'autre part, non seulement il n'est plus interdit aux particuliers de s'adresser à l'empereur; au contraire, les citoyens sont maintenant invités, en vertu de la nouvelle législation, à soumettre au prince leurs affaires litigieuses. Il en résulta que les sujets de l'empire ne bornèrent pas leurs demandes aux deux catégories de questions expressément prévues. En présence d'une incertitude, quelle qu'en fût l'origine, ils recouraient au prince. Nous en trouvons la preuve dans le grand nombre de rescrits qui n'apportent aucune innovation; ils ne sont émis ni pour faire du droit nouveau, ni pour trancher une question controversée; leur seule fonction est de renseigner le suppliant sur le droit en vigueur. Cette habitude était, du reste, encouragée par l'empereur. A l'exemple de ses prédécesseurs, mais plus fortement qu'eux encore, Hadrien a témoigné, durant tout son règne, une grande sollicitude envers les provinciaux. Au cours de ses voyages, il a résidé longtemps dans les provinces, réformant l'administration, châtiant les gouverneurs prévaricateurs et attirant à lui les plaintes et les questions de tous ses sujets. Les réponses

que l'empereur envoie dans ce dernier cas forment une troisième catégorie de rescrits. Ils n'ont pas le pouvoir de créer du droit ou de fixer la jurisprudence, ils ne sont plus que des consultations. Pernice en cite un certain nombre transmis par la compilation (1) : les uns portent que la plainte a été élevée à propos ; d'autres déclarent que la réclamation n'est pas fondée ; d'autres encore donnent raison à l'adversaire du suppliant ; certains provinciaux demandent à l'empereur de réexaminer la consultation qu'ils ont obtenue d'un juriste ; c'est qu'en effet ces rescrits ne diffèrent en rien des consultations qu'un jurisconsulte délivre ; ils ont dû être invoqués comme elles devant le juge, et, comme elles, n'avoir d'autorité que pour le procès en vue duquel ils étaient rendus. Ils ne portaient eux non plus aucune atteinte à la procédure formulaire. C'est cependant de cette dernière catégorie de réponses qu'est sortie directement la procédure par rescrit.

Si les rescrits de ce groupe étaient restés des consultations, les réformes d'Hadrien n'eussent eu d'autre conséquence que d'amener à l'empereur la plus grande partie des affaires litigieuses. Mais ils se sont transformés ; tout en restant adressés au plaignant, ils sont devenus des instructions qui s'imposent à un juge désigné. Le changement s'est fait rapidement, car un res-

(1) Pernice, *Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der römischen Kaiserzeit*, dans *Festgabe für Beseler*, p. 69, n. 4, 5, 6, 7.

crit d'Antonin le Pieux au Code possède déjà ce caractère (1), et le témoignage de Julien porte à croire qu'il s'était opéré sous le règne même d'Hadrien. Hadrien, dit-il, renvoyait les suppliants devant le gouverneur de la province par ces mots: *Eum, qui provinciae præest adire potes* (2), accompagnés de la solution donnée au procès; le rescrit qui contient ce renvoi est évidemment plus qu'une consultation.

Pernice pense que la transformation du caractère du rescrit correspond à une transformation matérielle et qu'on en peut retrouver la trace; au moment où il devient une instruction, ce n'est plus au plaideur qu'il serait adressé, ce serait au juge (3). Mais les textes que cet auteur invoque ne nous paraissent pas probants. Dans les rescrits cités, le prince envoie directement ses instructions au magistrat, il est vrai; seulement l'examen des sujets qui y sont traités montre qu'il ne s'agit pas là de procès civils, à propos desquels le plaideur aurait la faculté de demander une consultation.

Trois d'entre eux sont relatifs au droit pénal : 1° le juge doit vérifier une accusation de faux témoignage et de corruption de témoins (4); 2° le juge, avant d'admettre le *crimen falsi*, doit exiger que le possesseur de l'hérédité qui l'intente fournisse une *satisfactio* pour

(1) C. J., 6-54, *Ut in possession leg.*, 1.

(2) D., 1-18, *De off. præs.*, 8.

(3) Pernice, *loc. cit.*, p. 70-71.

(4) D., 42-1, *De re judic.*, 33

l'hérédité dont il réclame la propriété (1) ; 3° dans un procès en adultère, il faut soumettre à la torture, non seulement les esclaves des accusés, mais aussi les esclaves étrangers (2). Dans une autre occasion, l'empereur ordonne aux juges de ne pas trancher les *causæ liberales*, où celui qui réclame la liberté est un esclave du fisc, sans que l'avocat du fisc soit présent. Le prince ne fait que défendre les intérêts du fisc, c'est-à-dire ses propres intérêts (3). Un dernier rescrit enjoint au légat de punir d'une peine proportionnée à la gravité de leur faute, et de mort même, les soldats qui laissent évader des coupables confiés à leur garde (4). Il n'y a là qu'un point de discipline militaire fixé par le général en chef. Un seul des cas cités appartient au droit civil ; lorsqu'une femme demande à être envoyée en possession des biens du défunt, *ventris nomine*, et que les héritiers s'y opposent, le préteur, après examen sommaire, devra accorder à la femme l'objet de sa demande, s'il n'apparaît pas d'une façon absolument certaine qu'elle n'y a aucun droit (5). Mais on remarquera d'abord que c'est au préteur que le rescrit est adressé, non pas à un juge ; et en second lieu, que la réponse lui prescrit, non pas ce qu'il doit faire en vertu de sa *jurisdictio*, mais

(1) D., 5-3, *De hered. petit.*, 5-1.

(2) D., 48-5, *De adult.*, 28-6.

(3) D., 49-14, *De jure fisci.*, 3-9.

(4) D., 48-3, *De custod.*, 12.

(5) D., 37-9, *De ventre*, 14.

une mesure provisoire qu'il prendra en vertu de son *imperium*. Ce ne sont pas là des instructions envoyées à un juge qui doit trancher le procès au fond. C'est sans doute un rescrit demandé par le magistrat lui-même pour trancher une controverse sur la jurisprudence à appliquer (1). Pas plus que les autres, il ne prouve que l'empereur, pendant une certaine période, aurait changé d'interlocuteur. Du reste, cette modification dans la forme des rescrits n'aurait duré que fort peu de temps, et l'on serait revenu presque immédiatement aux premiers usages, reconnaît Pernice.

Mais comme les arguments sur lesquels cette thèse s'appuie ne nous semblent pas démonstratifs, il est plus simple de conclure qu'on n'a jamais dû abandonner ces premiers usages. La seule transformation réelle s'est manifestée dans le caractère du rescrit et dans la désignation du juge au demandeur. Dès lors, la réponse impériale n'est plus une consultation, elle n'est pas davantage un jugement; comme le dit exactement Pernice, elle apparaît comme le pendant de la formule prétorienne (2). Mais une fois muni de ces caractères, le rescrit ne pouvait plus, à cause de l'auto-

(1) C'est ce que donne à croire l'énumération des différents cas prévus par l'empereur : *Si ea, quæ in possessionem mitti vult, uxor negetur vel nurus vel esse vel fuisse vel ex eo prægna non esse contendatur...* Dans un rescrit adressé à un particulier, l'empereur se contente habituellement d'appliquer la règle générale au cas proposé.

(2) Pernice, *loc. cit.*, p. 71.

rité de laquelle il émane, ouvrir aux plaideurs la voie de la procédure formulaire.

a) Le rescrit est un ordre donné à un juge. Or, la formule est également une instruction adressée à un juge. Si l'on suppose que le plaignant, muni de la réponse impériale, doit aller trouver le préteur, s'il est à Rome, le gouverneur qui en fait fonction, s'il est provincial, sur quelles bases le magistrat délivrera-t-il la formule? Il n'est pas vraisemblable que les décisions du souverain puissent être annulées par la volonté du préteur. Donc, la formule délivrée par lui n'aurait pu que répéter ce qui avait été prescrit par l'empereur. Mais il faut voir si cette solution s'accorde avec les principes généraux en vigueur à cette époque. En fait, le prince est évidemment supérieur aux anciens magistrats de la République. Cependant il n'est pas, à proprement parler, l'autorité constituée au-dessus d'eux. Il ne trouve le fondement d'une prééminence directe sur eux ni dans la puissance tribunicienne, ni dans la puissance proconsulaire; du reste, il envoie des *mandata* aux fonctionnaires administratifs, il n'en envoie pas au préteur. C'est pourquoi des prescriptions aussi impératives, que le sont les rescrits judiciaires, ne doivent pas passer par l'intermédiaire de ce magistrat. Au point de vue matériel, il y aurait quelquefois des difficultés à faire tenir le contenu du rescrit dans une formule, dans les cas où il empiète sur l'*officium* du juge, quand il ne se contente pas de lui donner une

contestation à trancher d'après certaines règles, mais qu'il lui prescrit les mesures à prendre pour former sa conviction (1). On devrait supposer alors que le juge recevrait deux sortes d'instructions, la formule du préteur et le rescrit impérial qui la compléterait; cette hypothèse n'a jamais été soutenue (2).

b) L'empereur dans sa réponse désigne le juge. A Rome, Marc-Aurèle avait pris l'habitude de renvoyer les plaideurs devant des *virī prætōrii* ou des *consulares* (3). Aux provinciaux, c'était habituellement le gouverneur qui était indiqué. Cette nomination directe est incompatible avec la procédure formulaire, où ce sont les parties elles-mêmes qui choisissent l'arbitre qui les jugera, où le *judex* est *electus*.

En outre, le texte du Digeste invoqué *supra*, par la façon même dont il parle du juge, donne, à notre avis, sur la procédure qui s'engageait des renseignements non équivoques. Julien dit : « J'ai souvent entendu notre César (Hadrien) dire qu'en mettant ces mots dans un rescrit : « tu peux aller trouver le gouverneur de la » province » (4), il n'imposait pas au proconsul ou au

(1) Pernice, *loc. cit.*, p. 72, n° 1.

(2) Sur tous ces points, nous adoptons l'explication proposée par Pernice, *loc. cit.*, p. 71, 72, 73.

(3) *Vita marci*, X (Cuq, *op. cit.*, p. 340).

(4) *Sæpe audiivi Cæsarem nostrum dicentem hac rescriptione : eum qui provinciæ præest adire potes, non imponi necessitatem proconsuli vel legato ejus vel præsidi provinciæ suscipiendæ cognitōnis, sed eum æstimare debere, ipse cognoscere an judicem dare debeat.* D., 1-18, 8.

légat la nécessité de se charger de l'examen de l'affaire, mais il devait estimer s'il voulait l'examiner lui-même ou bien donner un juge ». La liberté du choix n'est pas possible dans la procédure formulaire; le prêteur — ou le gouverneur qui en fait fonction — n'a pas à décider s'il veut connaître lui-même de l'affaire ou la renvoyer à un juré; il doit l'organiser et la faire parvenir au *judex unus*. Il ne peut donc être question ici que d'une *cognitio extraordinaria*, où le gouverneur doit normalement trancher lui-même le débat, mais où l'empereur permet qu'il nomme un juge pour se faire suppléer. De plus, le texte dit formellement : *an judicem dare debeat*; il s'agit donc bien de *judex datus* et non de *judex electus*, d'un fonctionnaire et non d'un citoyen qui remplit l'office d'arbitre. Un texte montre encore quelle était la procédure engagée : l'empereur, pour ne pas choquer les anciennes habitudes des Romains, confiait fréquemment aux *judices dati* le droit de juger sans appel (1). D'où il faut conclure que, normalement, leurs sentences pouvaient être attaquées. Or, l'on admet aujourd'hui que l'appel, à l'époque classique, n'était pas possible pour les causes jugées suivant la procédure formulaire (2).

En résumé, l'application des principes généraux

(1) M. Cuq, *op. cit.*, p. 340, interprète de cette façon le [*ju*] *dex Romæ sine* [*provocatione*] mentionné dans une inscription publiée dans les *Studi edocumenti di storia e diritto*, 1880, p. 28.

(2) Cf. Girard, *Manuel*, 6^e éd., p. 1068, n. 3.

amène à une solution que l'examen des textes confirme ; le rescrit judiciaire, quand il est un ordre conditionnel, ne peut ouvrir aux plaideurs que la voie de la *cognitio extraordinaria*.

II. — Il faut maintenant se demander quelle était l'importance pratique de la procédure nouvelle, c'est-à-dire déterminer son champ d'application, vérifier si elle pouvait s'engager sur la demande de tous et au sujet de toutes les affaires.

Pour le premier point, il est certain que tous les sujets de l'empire pouvaient s'adresser au prince. On ne distinguait pas si les provinciaux avaient leur domicile dans une province impériale ou dans une province du Sénat. Le texte précité de Julien en fournit la preuve : l'empereur envoie des instructions à celui *qui provinciæ præest* ; cette expression, comme l'indique la phrase suivante, comprend le proconsul, le légat et le président, le premier étant le gouverneur dans les provinces du Sénat, le légat et le *præses* étant les gouverneurs des provinces impériales (1). De même, le texte qui parle des juges désignés par Marc-Aurèle à Rome montre que le litige avait dû s'élever entre des citoyens de cette ville ; eux aussi pouvaient, en cas de difficulté, recourir au prince.

(1) *Proconsuli vel legato ejus vel præsidi provinciæ*. Ici, le légat est l'adjoint du proconsul. Dans le fragment suivant, ce terme représente certainement l'envoyé de l'empereur. D., 1-18, 9. Ce fragment traite de la même question que le précédent et lui donne la même solution.

Pour le second point, il n'est pas douteux que l'empereur, une fois qu'il a commencé à émettre des rescrits de procédure, n'a pas cessé pour cela d'émettre des consultations. Il y a un certain nombre de réponses qui ont nettement conservé ce caractère, non seulement à l'époque d'Hadrien et sous les premiers empereurs qui lui succèdent, mais même tardivement; l'on en trouve qui ont été rendues par Alexandre Sévère et même par Gordien, c'est-à-dire assez avant dans le III^e siècle (1). En présence de ces faits, Pernice émet l'hypothèse, que l'empereur n'a dû rendre de sentences devant servir d'instructions dans un procès que dans les cas où, même si l'on n'avait pas recouru à la voie du rescrit, il y aurait eu lieu à une procédure administrative. Il limitait donc sa compétence aux affaires dans lesquelles il aurait pu intervenir, même sans que le plaideur le demandât, ou pour réformer le jugement. « Logiquement, dit cet auteur, cette limitation n'est pas douteuse; les cas qu'on pouvait porter par l'appel au tribunal de l'empereur, plutôt que de les soumettre au premier juge, on les portait aussitôt devant lui pour obtenir de lui les directions utiles ». Pernice appuie son hypothèse d'abord sur cette considération : l'empereur, normalement, s'est abstenu d'intervenir dans le domaine du préteur; il a respecté l'organisation judiciaire transmise par la République, alors qu'il n'aurait eu qu'à

(1) C. J., 3-32, *De rei vind.*, 3; 2-19, *De his quæ vi*, 3.

user de ses grands pouvoirs pour l'annihiler (1). En second lieu, l'examen des textes semble confirmer, dit-il, cette manière de voir; il ajoute qu'il est, certes, d'une mauvaise méthode de se fonder sur une impression, mais qu'il ne voit pas d'autre moyen de procéder, et qu'il discutera les arguments contraires qui pourront être produits (2).

La thèse de Pernice nous paraît exacte, à condition de n'en faire une application stricte qu'aux premiers temps où la procédure fonctionnait. Si on examine les rescrits d'Hadrien et des empereurs qui lui succèdent immédiatement, jusqu'aux Sévères, et si l'on écarte les réponses qui sont de simples consultations, on voit qu'ils n'ont été émis, sauf exception rare, que dans les procès étrangers au droit civil ou tranchés uniquement par la voie de la *cognitio* (3); ils sont relatifs au droit pénal, aux contestations fiscales, à des affranchissements, à des nominations de tuteurs, à des demandes d'aliments,

(1) Pernice cite même un rescrit de Philippe (C. J., 8-10, *De ædif. priv.*, 4) pour prouver que, au milieu du III^e siècle encore, le prince s'abstenait, quand on lui demandait sa décision dans une affaire qui s'engageait habituellement par la procédure formulaire. Mais M. Cuq a démontré que ce n'était pas là le sens du rescrit, et du refus de l'empereur de statuer; il renvoie le plaignant non à la procédure formulaire, mais à d'anciens règlements administratifs. Cf. Cuq., *Revue critique d'histoire et de littérature*, 1886, t. XXI, p. 208.

(2) Pernice, *loc. cit.*, p. 74, n. 1.

(3) Cf. l'énumération des motifs des rescrits donnés par Cuq, *Conseil des empereurs*, p. 450.

et, pour une grande partie, à des fidéicommiss et à des testaments (1).

Cependant, si le domaine de la procédure par rescrit était étroit à l'origine, il ne devait pas tarder à s'élargir. La *cognitio extraordinaria* n'a cessé, nous en avons la preuve, d'empiéter sur le terrain de la procédure formulaire ; le locataire s'adresse au préfet des vigiles, au lieu de recourir à l'interdit *de migrando*. Le négociant en grains se plaint directement au préfet de l'annone, au lieu d'employer l'action *exercitoria*. C'est le préfet de la ville qui statue sur les procès des banquiers, qui s'occupe des cas de dépossession violente, où l'on aurait dû se servir de l'interdit *unde vi* (2). Puisque l'emploi de la *cognitio* se généralise, la procédure par rescrit, d'après la thèse de Pernice même, ne peut que profiter de cet élargissement. Mais il faudrait plutôt dire, à notre sens, que c'est la procédure par rescrit qui a fortement contribué à la diffusion de la *cognitio*. Une limitation de la compétence de l'empereur, due à sa seule volonté, ne pouvait durer. On peut croire que le prince en venait à connaître parfois des affaires qui eussent été de la compétence des jurés, et cela habitait les

(1) Les testaments peuvent donner lieu à une *cognitio*, soit parce que ce sont des héritiers prétoriens qui élèvent une *querela inofficiosi testamenti* (si on admet la thèse d'Eisele), soit parce qu'ils étaient soumis à la *vicisima hereditatium* en vertu de la loi Julia, ce qui permettait au fisc d'intervenir au procès et d'en changer la nature.

(2) Cf. Girard, *Manuel*, 6^e éd., p. 1088.

citoyens à une autre forme de procédure. L'empire, à l'époque des Sévères, fait un pas de plus dans la voie de l'absolutisme. Le souverain a désormais le pouvoir législatif sans conteste ni ambiguïté. Il émet des rescrits de procédure, qui en même temps créent du droit, dans toutes les matières qu'il lui plaît d'aborder. Ainsi, pour les procès en revendication, qui s'intentent normalement *per formulam petitoriam vel arbitrariam*, on trouve maintenant des instructions impériales qui renvoient au *præses provinciæ* (1).

En résumé, la procédure par rescrit, au début, n'est pas entrée en concurrence avec la procédure formulaire; chacune avait son domaine propre. Mais cet état de choses n'a pas duré; la première n'a cessé d'empiéter sur le domaine de la seconde. La procédure formulaire finit par disparaître avec les derniers vestiges de la Rome républicaine; elle ne pouvait subsister dans la monarchie orientale, que l'empire était définitivement devenu au cours du III^e siècle. La *cognitio extraordinaria* triomphe; logiquement, la procédure par rescrit, qui en a assuré le succès, devrait disparaître; l'autorité de l'empereur en ces matières n'a plus besoin d'être affirmée; d'autre part, l'appel permet désormais de recourir à lui, si cela est nécessaire. Elle subsiste cependant, mais déchuée de son ancienne importance; la sentence qu'elle sert à faire exécuter n'a plus le pouvoir

(1) C. J., 3-32, *De rei vindic.*, 5 (Gordien), 8 (Philippe).

de créer du droit. Elle devient une voie régulière, prévue par les lois, fonctionnant à côté de la procédure normale qu'elle sert à suppléer. Bref, elle a désormais acquis les caractères que nous lui avons reconnus dans les précédents chapitres, et c'est ainsi qu'elle dure au cours du Bas-Empire.

L'étude de la procédure par rescrit, en tant qu'institution juridique, est achevée. Cependant une question se pose; pourquoi a-t-elle subsisté après Dioclétien; comment se fait-il qu'elle ait acquis, dans le domaine plus restreint qu'elle a maintenant, une importance nouvelle? Cette importance n'est pas niable en présence des textes législatifs qui en traitent spécialement, et des constitutions, trop nombreuses pour être citées, qui la mentionnent d'un mot en passant. L'examen de cette question formera la conclusion naturelle de notre étude.

CONCLUSION

Si la procédure par rescrit s'est maintenue au Bas-Empire, si elle y est encore d'un emploi fréquent, c'est, croyons-nous, qu'elle tendait à resserrer les liens qui unissaient les sujets au pouvoir central. Elle était donc particulièrement nécessaire en ce temps où le prince devait lutter contre les puissances intermédiaires, qui s'étaient élevées à la faveur des événements.

La décadence de l'Empire romain avait amené le relâchement de sa puissante organisation. L'unité, si solide dans les deux premiers siècles, avait été fortement éprouvée au cours du III^e siècle, dans la période d'anarchie dite des Trente Tyrans. L'irruption des Germains, dans leur première tentative d'invasion générale, avait porté le désordre à son comble. L'énergie des empereurs illyriens, qui s'étaient succédé sur le trône au moment critique, avait réussi à repousser ce flot et à ramener sous l'autorité du prince les provinces qui avaient tenté de vivre séparées (1). Dioclétien voulut

(1) Cf. G. Ferrero, La ruine de la civilisation antique, *Revue des Deux-Mondes*, 15 septembre 1919-15 février-1^{er} juin 1920.

écarter les dangers qui avaient failli causer la perte de l'empire. Pour éviter les compétitions que faisait naître forcément la mort du prince, il partagea la souveraineté ; il y eut désormais quatre empereurs, un ordre de succession au trône fut établi. Pour rendre plus sensible à tous l'action du pouvoir central, il réduisit l'étendue beaucoup trop vaste des anciennes provinces et renforça les cadres de l'administration.

Ces mesures eurent une certaine efficacité. L'empire, au iv^e siècle, reste soixante ans dans la même famille ; les tragédies de palais sont plus rares qu'au siècle précédent. Mais si le pouvoir central est plus stable à cette époque, l'empire même porte en lui des germes de mort. La fin du m^e siècle commence la longue série des siècles de misère ; cette situation s'explique par deux raisons principales : l'insécurité croissante causée par la menace perpétuelle des invasions barbares ; — la fiscalité exagérée, les impôts trop lourds, nécessaires pour payer les fonctionnaires, dont le nombre avait été augmenté, par suite du renforcement de l'administration. La détresse générale produit son effet accoutumé ; les derniers représentants des classes moyennes disparaissent ; quelques fortunes énormes se constituent ; les grands domaines s'étendent et cherchent par tous les moyens à absorber les petites propriétés autour d'elles. L'on voit apparaître une classe de personnes qui possèdent une grande puissance de fait. La terminologie de ce temps est significative ; vers la fin de l'époque

classique, on avait pris l'habitude de diviser les citoyens en deux grandes classes : les *honestiores* et les *humiliores* ; cette distinction subsiste et s'accroît au Bas-Empire, mais les membres de la classe supérieure portent désormais le nom de *potentiores*. Ceux-ci sont assez forts pour influencer le gouverneur, ou même pour le braver ouvertement (1). On saisit la preuve de la décadence de l'empire dans l'aveu indirect, que le représentant du prince ne peut se faire obéir de certains de ses sujets ; qu'il a, au contraire, à en craindre la vengeance (2). C'est là, inévitablement, une cause de désordre, puisque ces *potentiores* ne tiennent pas leur pouvoir de celui qui, légalement, est seul la source de tout pouvoir, l'empereur. Ce qui est plus remarquable, c'est que le prince ne s'élève pas directement contre cet état de choses ; il constate qu'il y a des hommes qui, sans être investis d'aucune charge, n'en possèdent pas moins une grande puissance ; il se contente d'obvier par des mesures de détail aux inconvénients qu'un fait de cette nature ne peut manquer de créer.

Il est nécessaire, en effet, que l'empereur fasse prévaloir son autorité ; il est nécessaire, particulièrement, que tous les citoyens soient assurés de recevoir, par lui, une justice scrupuleuse. S'il se montre impuis-

(1) C. Th., 1-15, *De offic. vicar.*, 1... *persona potentior inferiorem aut minorem judicem premere potest.*

(2) C. J., 2-13 (14), 1 : *Nec metuas ne præjudices clarissimis viris.*

sant à la faire rendre, les *humiliores*, voyant que le pouvoir ne peut plus les protéger, rechercheront, par la force des choses, le patronage d'un *potentior*, et celui-ci le leur accordera à condition qu'ils entrent dans sa clientèle, d'où une augmentation de puissance pour le *potentior*, une diminution correspondante pour l'empereur. Et c'est ce qui se passait en réalité. Le prince, pour parer à ce danger, prend donc deux sortes de mesures : d'une part, il interdit directement aux *potentiores* de prêter leur appui à ses sujets quand ils ont des procès (1), et il punit de peines sévères ceux qui, dans un litige, auront essayé de terroriser leurs adversaires en se couvrant du nom d'un puissant (2); d'autre part, par une voie indirecte, il empêche le *potentior* de faire sentir son influence, en permettant à tout plaideur de s'adresser à lui. Telle est l'utilité de la procédure par rescrit : elle est considérable. Elle évite au plaignant d'être accablé en justice par son puissant adversaire. Le juge, qui aurait pu transgresser les règles du droit, en faire sciemment une mauvaise application, n'osera mépriser un ordre direct du prince. — Cependant — et un tel fait est significatif — l'empereur prévoit des cas où le juge, même en présence d'un rescrit, pourrait

(1) G. J., 2-13 (14) : *Ne liceat potentioribus patrorinium litigantibus præstare.*

(2) G. Th., 2-14 : *De his qui potentiorum nomina in litē prætendunt vel titulos prædiis adfigunt, 1 : Adfecti plumbo perpetuis metallorum suppliciis depulentur.*

être tenté de transgresser la loi : ce sont les cas de dépossession violente, où le *potentior* doit être particulièrement redoutable, puisque, jetant le masque, dédaignant d'employer la ruse, il n'hésite pas à recourir à la force. L'empereur préfère reconnaître que son représentant ne peut lutter avec le puissant, et c'est spécialement dans des affaires de ce genre que le procès est renvoyé à un commissaire extraordinaire (1).

On voit donc tout l'intérêt que trouve le pouvoir à favoriser la procédure par rescrit. Elle renforce l'action du pouvoir central. D'une part, elle détourne les populations de l'empire de s'adresser à de nouvelles puissances. D'autre part, elle permet d'imposer aux *potentiores* mêmes la volonté impériale, en employant pour la transmettre des magistrats spécialement désignés, indépendants, parce qu'ils sont investis de hautes dignités et munis d'une grande puissance.

On peut ajouter qu'elle présente encore une autre utilité. Elle est, avec l'appel, un moyen de contrôle sur les sentences du juge. C'est un intérêt qui n'est pas négligeable, mais, à lui seul, il n'expliquerait pas suffisamment la faveur qu'elle a obtenue.

Il fallait éviter, par contre, que l'émission des rescrits allât contre son but, qu'elle fournit aux puissants un moyen nouveau pour accomplir leurs spoliations. L'empereur prend des mesures de précaution minu-

(1) Cf. *supra*, p. 74.

tieuses contre ce danger. Il prévoit que les *magistri scriniorum* pourront être achetés, et qu'ils délivreront des rescrits contraires au droit; c'est pourquoi tant de constitutions répètent que les réponses qui ne sont pas conformes à la légalité sont sans valeur; c'est pourquoi, également, il a frappé des peines du faussaire le fonctionnaire qui émettrait un rescrit sans l'avoir soumis, au préalable, à la vérification du questeur du Sacré Palais (1). L'empereur a prévu même que le puissant n'hésiterait pas à recourir au faux proprement dit pour servir ses desseins. C'est pourquoi Léon punit de mort toute personne qui fabriquerait ou qui détiendrait l'encre pourpre, exclusivement réservée à la Chancellerie impériale (2). La gravité de cette peine est justifiée par deux simples mots de la loi de Léon, deux mots qui ne sont même pas principaux et font seulement fonction d'adverbe, *tyrannico spiritu*, dans la phrase qu'on peut résumer ainsi : le fait de posséder de cette encre marquant l'intention d'en user *tyrannico spiritu*, le coupable sera puni de mort, ses biens seront vendus à l'encan.

Organisée avec toutes les garanties nécessaires, la procédure par rescrit servait merveilleusement les intérêts du prince; s'il l'a conservée, c'est qu'il la jugeait, à juste titre, nécessaire à la bonne administration de l'empire. Aussi une dernière réflexion s'impose.

(1) Cf. *supra*, p. 49.

(2) C. J., 1-23, *De div. resc.*, 6 (470).

C'est pour servir la politique des empereurs que la procédure par rescrit a été créée; elle leur a permis de s'emparer peu à peu de l'administration de la justice et d'exercer sans intermédiaire le pouvoir législatif. Et quand ce double intérêt eut disparu, c'est encore pour servir la politique des empereurs qu'elle a été maintenue; elle a contribué à retarder la dissolution de l'empire, les princes y ont vu l'instrument efficace pour combattre l'influence des puissances locales, que l'anarchie grandissante faisait éclore de toutes parts.

Vu : *Le Doyen,*

F. LARNAUDE.

Vu : *Le Président de la thèse,*

P. COLLINET.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

P. APPELL.

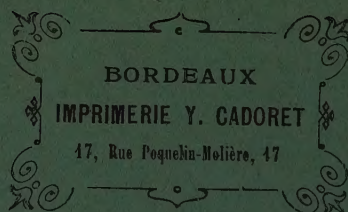
BIBLIOGRAPHIE

- BARON. — Geschichte des römischen Rechts. I. Institutionen und Civilprozess, p. 451-452. Berlin, 1884.
- BETHMANN-HOLLWEG. — Der römische Civilprozess des gemeinen Rechts, III, p. 350-352. Bonn, 1864-1874.
- BRISSON. — *De formulis et solennibus populi Romani verbis libri VIII.* Ex recensione Conradi. Halæ et Lipsiæ, 1735.
- COLLINET. — Le P. Berol. gr. Inv. n° 2745 et la procédure par rescrit au v^e siècle. Paraîtra dans la *Revue Égyptologique* en 1920.
- CUO. — Le Conseil des Empereurs. Extraits des mémoires adressés par divers savants à l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres. Paris, 1884.
- *Revue critique d'histoire et de littérature*, 1886, XXI, p. 206.
- *Revue de philologie*, 1911, p. 349 et s.
- FERRERO. — La ruine de la civilisation antique. *Revue des Deux-Mondes*, 15 septembre 1919, 15 février, 1^{er} juin 1920.
- HUSCHKE. — Ueber den Gregorianus und den Hermogenianus Codex. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, VII, p. 296.
- KARLOWA. — Römische Rechtsgeschichte. Leipzig, 1885.
- KRÜGER (P.). — Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts, 2. Auflage. *München und Leipzig*, 1912.
- MASPERO (Jean). — Catalogue du Musée du Caire. *Papyrus byzantins*, 1, 1910.
- MOMMSEN. — Zeitfolge der Verordnungen Diokletians. *Gesammte Schriften*, II, p. 285.

- MOMMSEN. — Droit public romain, V. Traduction P.-F. Girard.
— Gordians Dekret von Skaptoparene. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, XII, p. 244.
- NOAILLES. — Les collections grecques de Novelles de l'empereur Justinien. Thèse Bordeaux, 1912.
- PARTSCH. — Neue Urkunden zum justinianischen Reskriptprozeß. Nachrichten der k. Gesellschaft der Wissenschaften zu Göttingen. *Phil. hist. Kl.*, 1911, p. 201.
- PERNICE. — Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der römischen Kaiserzeit, dans *Festgabe für Beseler*, 1885, p. 51 = *Archivio giuridico*, 36, 1886, p. 33.
- PUCHTA. — Institutionen, 10. Auflage... besorgt von Paul Krüger, I, § 178, p. 549-550. Leipzig, 1893.
- RITTER. — *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis Jac. Gothofredi*. Lipsiæ, 1736-1745.
- RUDORFF. — Römische Rechtsgeschichte, II, § 62, p. 208-209. Leipzig, 1857.
- RUIZ (Arangio). — *Bulletino del Istituto di diritto romano*, XXIV, 1912, p. 224-227.
- THOMAS. — Le rôle et le choix de l'*exsecutor negotii*. *Études Girard*, p. 380 et s., 1912.
-

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS.....	III
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE PREMIER. — La procédure par rescrit au IV ^e et au V ^e siècles.....	16
I. — La supplique.....	16
II. — L'émission du rescrit.....	37
III. — Le procès.....	55
CHAPITRE II. — La procédure par rescrit au VI ^e siècle	81
CHAPITRE III. — Les origines de la procédure par rescrit..	111
CONCLUSION.....	131
BIBLIOGRAPHIE.....	139



BORDEAUX

IMPRIMERIE Y. CADORET

17, Rue Poquebin-Molière, 17